

DIE ZULÄSSIGKEIT DER BEDÜRFNISPRÜFUNG
BEI DER NEUZULASSUNG VON VERSICHERUNGSUNTERNEHMEN
NACH DEM GRUNDGESETZ
(§ 8 Abs.1 Ziff.3 VAG)

von

OTTO ARZT

1963

DIE ZULÄSSIGKEIT DER BEDÜRFNISPRÜFUNG
BEI DER NEUZULASSUNG VON VERSICHERUNGSUNTERNEHMEN
NACH DEM GRUNDGESETZ
(§ 8 Abs.1 Ziff.3 VAG)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i. Brsg.

vorgelegt von

OTTO ARZT

Rechtsanwalt

aus Esslingen/Neckar

1963

Dekan: Professor Dr. Konrad Hesse
Referent: Professor Dr. Dr. Hans Gerber
Tag der mündlichen Prüfung: 18.12.1963



Gesamtherstellung DITTERS BÜRODIENST MAINZ, Augustinerstraße 64-66

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
1. Kapitel Die Problemstellung	1
2. Kapitel Abriß der Entwicklung der Versicherungsaufsicht ...	4
I. Die Entwicklung im allgemeinen	4
II. Die Einführung der Bedürfnisprüfung	6
I. Hauptteil Das Grundrecht der Berufsfreiheit und dessen Grenzen nach der Verfassung	
3. Kapitel Die Garantie der Berufsfreiheit (Art.12 GG)	12
I. Der Geltungsbereich des Art.12 GG	12
II. Die dem Grundgesetz zugrunde liegende Freiheitsauffassung	16
4. Kapitel Der Regelungsvorbehalt des Art.12 Abs.1 Satz 2 GG .	18
I. Das Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11.6.1958	18
1) Die Dreistufentheorie	19
2) Die Grundsätze der Geeignetheit, Subsidiarität und Proportionalität als Kriterien der Verfassungsmäßig- keit des Grundrechtseingriffs	23
II. Die spätere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ..	27
1) Die Einschränkungen des gesetzgeberischen Ermessens auf der ersten Stufe	27
2) Die Änderung der Mittel-Zweck-Relation auf der zweiten und dritten Stufe	29
3) Die Zumutbarkeit als Kriterium der Verfassungsmäßig- keit des Grundrechtseingriffs	34
4) Zusammenfassung	38
5. Kapitel Die materiellen Verfassungsgrundsätze für die Güterabwägung nach der Dreistufentheorie	39
I. Die Frage nach den materiellen Verfassungsgrundsätzen ...	39

II. Die Sozialstaatsentscheidung des Grundgesetzes	41
1) Das Sozialstaatsprinzip als objektiver Verfassungs-	
grundsatz	41
2) Das Sozialstaatsprinzip als sozialethische Verpflichtung ..	42
3) Der Interessenkonflikt im sozialen Rechtsstaat	43
4) Die staatliche Sozialgestaltungsmacht	45
5) Das Recht des Staates zur Wirtschaftsintervention	46
6) Zusammenfassung	49
III. Das Recht zur Sozialgestaltung nach der Dreistufentheorie ..	50
1) Die grundsätzliche Entscheidung des Bundes-	
verfassungsgerichts	50
2) Die Sozialgestaltungsmacht im Bereich der dritten Stufe ..	52
IV. Der Generalvorbehalt des Art.2 Abs.1 GG als materielle	
Grundlage für den gesetzgeberischen Eingriff	55
1) Das Verhältnis von Art.2 GG zu Art.12 GG hinsichtlich	
der Freiheitsgewährung	56
2) Der Generalvorbehalt des Art.2 GG im Verhältnis zu	
Art.12 GG	59
a) Der Generalvorbehalt des Art.2 GG, insbesondere	
der Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung ..	59
b) Der Generalvorbehalt des Art.2 GG im Verhältnis	
zu Art.12 GG	65
V. Ergebnis	68
II. Hauptteil Die Vereinbarkeit der Bedürfnis-	
prüfung nach § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG	
mit dem Grundgesetz	
6. Kapitel Der Bedürfnisbegriff in § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG	69
I. Der Begriff des Bedürfnisses im allgemeinen Sprachgebrauch ..	69
II. Der Bedürfnisbegriff in der Gesetzessprache	69
III. Die Begründung der Einführung der Bedürfnisprüfung durch das	
Änderungsgesetz vom 5.3.1937	72

IV. Die Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit im Regierungsentwurf zum VAG vom 14.11.1900	75
V. Die Modifizierung der Bedürfnisbestimmung des § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG durch das Grundgesetz	77
1) Die Beschränkung in quantitativer Hinsicht	78
2) Die Änderung in qualitativer Hinsicht	81
7. Kapitel Die Argumente für die Zulässigkeit der Bedürfnis- prüfung	83
I. Das ausgeprägte Allgemeininteresse dieses Wirtschaftszweiges	86
II. Die Folgen einer Übersetzung	86
III. Die Folgen inflationistischer Spekulationsgründungen	87
IV. Die Folgen der Gründung von Selbstversicherungsunternehmen und Auswahlgemeinschaften	89
V. Die Bedürfnisprüfung als geeignetes Mittel	91
VI. Die Besonderheit der Ware "Versicherungsschutz" und der Ein- fluß der sozialen und sozialpolitischen Entwicklung auf die Versicherungsaufsicht	91
1) Die Besonderheit der Ware "Versicherungsschutz" und ihre Konsequenzen für die Versicherungsaufsicht	92
2) Der Einfluß der sozialen und sozialpolitischen Entwicklung auf die Versicherungsaufsicht	94
8. Kapitel Die Bedürfnisprüfung als das einzige wirksame Mittel (Der Grundsatz der Subsidiarität)	97
I. Das ausgeprägte Allgemeininteresse als Begründung der Subsidiarität der Bedürfnisprüfung	97
II. Die Bedürfnisprüfung als einziges wirksames Mittel zur Verhinderung der Folgen einer Übersetzung des Versicherungs- marktes	98
1) Die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen als wirksames Mittel	99

2) Die Wirksamkeit der laufenden Aufsicht	100
a) Die Aufsichtsmittel	100
b) Der sachliche und persönliche Wirkungsbereich der Bestimmungen der laufenden Aufsicht	101
c) Die Wirksamkeit der dem Bundesaufsichtsamt eingeräumten Befugnisse im einzelnen	103
aa) gegenüber einer infolge der Übersetzung unzulänglich kalkulierten Prämie	103
bb) gegenüber einer sonstigen krisenhaften Kostenentwicklung oder wilder Geschäftemacherei	105
cc) zur Erhaltung des Vertrauens in das Versicherungsgewerbe	106
dd) Ergebnis	106
d) Die Möglichkeiten zur Kenntniserlangung für die Aufsichtsbehörde	106
aa) Der jährliche Rechnungsabschluß und der Jahresbericht (§§ 55 ff VAG)	107
bb) Die Befugnis der Aufsichtsbehörde zu unmittelbarer Prüfung bei den Unternehmen (§§ 83, 84 VAG) ..	108
cc) Die Unterrichtung durch Beschwerden von Versicherungsnehmern und anderen Personen	109
dd) Ergebnis	110
e) Die Besonderheiten hinsichtlich Einflußnahme und Information im Außendienst	111
f) Zusammenfassung	113
3) Die unterschiedliche Wirksamkeit der Bedürfnisprüfung und der Mittel der laufenden Aufsicht	114
III. Die Bedürfnisprüfung als einziges wirksames Mittel zur Verhinderung spekulativer Inflationsgründungen	115
IV. Die Bedürfnisprüfung als einziges wirksames Mittel zur Verhinderung der Gründung von Selbstversicherungsunternehmen und Auswahlgemeinschaften	117
V. Gegenargumente gegen die Subsidiarität der Bedürfnisprüfung	119

9. Kapitel	Die Bedürfnisprüfung als das verhältnismäßige Mittel (Der Grundsatz der Proportionalität)	121
I.	Die Verhältnismäßigkeit hinsichtlich der Folgen der Übersetzung	122
II.	Die Verhältnismäßigkeit hinsichtlich der Verhinderung inflationistischer Spekulationsgründungen	123
III.	Die Verhältnismäßigkeit hinsichtlich der Verhinderung einer Gründung von Selbstversicherungsunternehmen und Auswahlgemeinschaften	125
IV.	Ergebnis	126
III. Hauptteil	Kritische Betrachtung der vom Bundesverfassungsgericht für Maßnahmen auf der dritten Stufe entwickelten Grundsätze und eigener Lösungsvorschlag	
10. Kapitel	Die Kriterien der Verhältnismäßigkeit als Ansatzpunkt einer Kritik	129
I.	Die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Gesetzen zur Behebung eines konkreten Mißstandes und Gesetzen zur generellen Ordnung eines bestimmten Wirtschaftszweiges ..	129
II.	Die Notwendigkeit einer Erweiterung der Gestaltungsmöglichkeiten für den Gesetzgeber	131
11. Kapitel	Eigener Lösungsvorschlag	132
I.	Die Änderung der für die Verhältnismäßigkeit im Bereich der dritten Stufe maßgebenden Grundsätze	132
II.	Die Notwendigkeit einer näheren Konkretisierung der für die einzelne Verwaltungsentscheidung maßgebenden Kriterien	136
III.	Die Rechtsweggarantie als Schutz gegen Übergriffe der Verwaltung	139

1) Der Rechtsweg	139
2) Die Tatbestandsmerkmale als unbestimmte Rechtsbegriffe	140
3) Die Verteilung der Beweislast für das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen des Bedürfnisses	142
IV. Eine vergleichende Betrachtung der Entwicklung im Kreditgewerbe	143
12. Kapitel Schlußbetrachtung und Ergebnis	146

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
AG	Aktiengesellschaft
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AO	Ausführungsanordnung
Art.	Artikel
BAV	Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen
Bayr.	Bayerisch(er)
BB	Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12.3.1951
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift (ab 1.1.1951 übergeleitet in die Juristenzeitung)
Dtsch. Hdwerksbl.	Deutsches Handwerksblatt
DV	Deutsche Verwaltung (ab 1950 Deutsches Ver- waltungsblatt)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Diss.	Dissertation
DVO	Durchführungsverordnung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FN	Fußnote
GastG	Gaststättengesetz vom 28.4.1930
GB	Geschäftsbericht
GBI.	Gesetzblatt
GS	Gesetzessammlung
GewO	Gewerbeordnung

HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben v. Gerhard Anschütz u. Richard Thoma, 1. Band, Tübingen 1930, 2. Band, Tübingen 1932
h. M.	herrschende Meinung
i. S.	im Sinne
i. d. F.	in der Fassung
i. st. Rspr.	in ständiger Rechtsprechung
i. V. m.	in Verbindung mit
JBuch	Jahrbuch
JZ	Juristenzeitung
JR	Juristische Rundschau
JuV	Justiz und Verwaltung
KWG	(Reichs-) Gesetz über das Kreditwesen
LVG	Landesverwaltungsgericht
LG	Landgericht
MRABL.	Amtsblatt der Militärregierung Deutschland
Mil. Reg.	Militärregierung
Min. Bl.	Ministerialblatt
Mu VBl.	Mitteilungs- und Verordnungsblatt des Oberpräsidenten der Nord-Rheinprovinz (1945/1946)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OMGUS	Office of Military Government
OVG	Oberverwaltungsgericht
PBefG	Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande vom 6.12.1937
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts
Rspr	Rechtsprechung
RBMG	Gesetz über die Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung vom 13.12.1935
RAA	Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung (1919 bis 1931) Reichsaufsichtsamt für die privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen (1931 bis 1943) Reichsaufsichtsamt für das Versicherungswesen (1943 bis 1945)
RGBL.	Reichsgesetzblatt

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RVO	Reichsversicherungsordnung
RWM	Reichswirtschaftsministerium
R. u. Pr. Wi. M.	Reichs- und Preußisches Wirtschaftsministerium
Rhld. - Pfalz	Rheinland-Pfalz
Sparkasse	Sparkasse, Zeitschrift des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes e. V.
StA	Staatsanzeiger
TO	Tagesordnung
Urt.	Urteil
VerAfP	Veröffentlichungen des Kaiserlichen Aufsichts- amtes für Privatversicherung (1901 bis 1919) Veröffentlichungen des Reichsaufsichtsamtes für Privatversicherung (1919 bis 1931) Veröffentlichungen des Reichsaufsichtsamtes für die privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen (1931 bis 1943) Veröffentlichungen des Reichsaufsichtsamtes für das Versicherungswesen (1943 bis 1945)
Ver Z	Veröffentlichungen des Zonenamts des Reichsauf- sichtsamtes für das Versicherungswesen (ab 1947; ab 1949 in Abwicklung)
VerBAV	Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen (ab 1951)
Veröff. d. VDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VO	Verordnung
VOBl.	Verordnungsblatt
VersArch	Versicherungswissenschaftliches Archiv (1955-1959, Fortsetzung der Zeitschrift für die gesamte Versi- cherungswissenschaft)
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz 1901 bis 1931: Reichs- gesetz über die privaten Versicherungsunternehmen (RGBl. I, S. 139 ff) ab 1931: Gesetz über die Beaufsichtigung der pri- vaten Versicherungsunternehmungen und Bauspar- kassen (RGBl. I, S. 315 ff)
VRecht	Versicherungsrecht
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit

VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30.5.1908
VW	Versicherungswirtschaft
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung
Volkswirt	Der Volkswirt, Wirtschafts- und Finanzzeitung
WeimRVerf	Weimarer Reichsverfassung
WuW	Schriftenreihe Wirtschaft und Wettbewerb
Wttbg. -Bad.	Württemberg-Badisch(er)
ZfK	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen, Unabhängiges Fachorgan für die Versicherungspraxis und den Ver- sicherungsaußendienst (ab 1950)
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissen- schaft (1901-1943 und ab 1960; von 1955-1959 Versicherungswissenschaftliches Archiv)
ZPO	Zivilprozeßordnung

LITERATURVERZEICHNIS

- Abraham, Hans Jürgen, Der Meinungsstreit über die Zulassung der Bedürfnisprüfung und die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1954, S.561 ff
- Anschütz, Gerhard, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 13. Aufl., Berlin 1930
- Arnold, Hans, Schutz der öffentlichen Interessen als Aufgabe der Versicherungsaufsicht, VerBAV 1955, S.102 ff
- Über Zweck, Rechtsgrundlagen und Grenzen der Versicherungsaufsicht, VW 1958, S.549 f
- Bachof, Otto, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates; Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht, Veröff.d.VDStRL Heft 12, 1954, S.37 ff
- Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S.97 ff
- Freiheit des Berufs, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Berlin 1958, 3. Band, 1. Halbband, S.155 ff
- Zum Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1958, S.468 ff
- Ballerstedt, Kurt, Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze, in: Festschrift für Walter Schmidt-Rimpler, 1957, S.369 ff
- Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Berlin 1958, 3. Band, 1. Halbband, S.1 ff
- Baumbach, Adolf, und Duden, Konrad, Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht, 14. Aufl., 1961
- Baumbach, Adolf, und Hueck, Alfred, Aktiengesetz, 11. Aufl., 1961
- Becker, Hans Joachim, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Grundsatzfragen zum KWG, Sparkasse 1955, S.1911
- Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmen vom 14.11.1900, Reichstagsvorlage, in: Sammlung sämtlicher Reichstagsdrucksachen, 10. Legislaturperiode, II. Session 1900/1901, Band 1, Nr.5 der Drucksachen des Reichstags
- Bericht der VII. Kommission des Reichstages, betreffend den Entwurf eines Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmen, in: Sammlung sämtlicher Reichstagsdrucksachen, 10. Legislaturperiode, II. Session 1900/1901, Band 4, Nr.244 der Drucksachen
- Berliner, Ludwig, und Fromm, Gerhard Erich, Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen vom 6.6.1931, 4. Aufl., München 1932

- Bischoff, Karl, Selbstversicherungsunternehmen im Blickfeld der Versicherungsaufsicht, VW 1949, S.468 ff
Die Selbstversicherung als versicherungs- und volkswirtschaftliches Problem bei uns und im Ausland, VerZ 1950, S.175 ff
Versicherungsvermittler und laufende Versicherungsaufsicht, VRecht 1950, S.158 ff
- Bischoff, Karl, und Feldmann, Ch., Die neue Maschinenversicherung für Elektro- und Gasgeräte des Hausrats und ihre Problematik, VerBAV 1959, S.87 ff
- Böhm, Franz, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Tübingen 1950
- Boehmer, Gustav, Einführung in das bürgerliche Recht, Tübingen 1954
Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 1.Buch, Tübingen 1950, 2.Buch, Tübingen 1951/1952
- Bonner Kommentar, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950
- Boss, Peter, Systeme der Staatsaufsicht über Versicherungsunternehmungen, Berlin 1955; erschienen in der Schriftenreihe des Instituts für Versicherungswissenschaft an der Universität Köln
- Bronisch, Otfried, Versicherungsvermittlung und Versicherungsaufsicht, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht nach dem Gesetz vom 12.5. 1901, herausgegeben von W.Rohrbeck, 1.Band, 1952, S.209 ff
- Büchner, Franz, Die Entwicklung der Deutschen Gesetzgebung über die Versicherungsaufsicht bis zum Bundesgesetz vom 31.7.1951, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht nach dem Gesetz vom 12. Mai 1901, herausgegeben von W.Rohrbeck, 1.Band, S.1 ff
- Bullinger, Martin, Zur Handwerksentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, BB 1962, S.381 ff
- Baemmerer, Ernst von, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, in: Freiburger Universitätsreden, Veröffentlichungen der Albert-Ludwigs-Universität und der wissenschaftlichen Gesellschaft in Freiburg, Neue Folge, Heft 23, Freiburg 1956
- Dipper, Bedürfnisprüfung im Gaststättengewerbe nach dem Bonner Grundgesetz, NJW 1952, S.601 ff
- Dürig, Günter, Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, JR 1952, S.259 ff
Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, S.193 ff
"Bedürfnis" und "öffentliches Interesse" als Rechtsbegriffe, JZ 1953, S.535 ff
Art.2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen, AöR Band 79, 1954, S.57 ff
Freizügigkeit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 2.Band, 1954, S.507 ff

- Eberhard, Arno, Prüfung der Bedürfnisfrage bei Neuzulassung von Versicherungsunternehmen, VRecht 1953, S.10 ff
- Ehmke, Horst, "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 230/231, Tübingen 1960
- Wirtschaft und Verfassung, Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung, in: Berkeley-Kölner Rechtsstudien, Kölner Reihe, 2. Band, Karlsruhe 1961
- Entwurf eines Gesetzes über das Kreditwesen vom 25.5.1959, in: Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode, Anlagen zu den stenographischen Berichten, 62. Band, Drucksache 1114
- Fechner, Erich, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, in Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 17, Tübingen 1953
- Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, RdA 1955, S.161 ff
- Finke, Eberhart, Gewerbefreiheit in der Versicherungswirtschaft, VW 1950, S.408 ff
- Finke, Eberhart, und Pfeiffer, Christoph, Markt-, Preis- und Wettbewerbsordnung im Aufsichtsrecht und in der Praxis, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht nach dem Gesetz vom 12. Mai 1901, herausgegeben von W. Rohrbeck, 1. Band, S.104 ff
- Fleiner, Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928
- Forsthoff, Ernst, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, Veröff.d. VDStRL, Heft 12, 1954, S.8 ff
- Über Maßnahmegesetze, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht - Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S.221 ff
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1961
- Friesenhahn, Ernst, Zur Neuordnung des Anwaltsrecht, NJW 1949, S.701 ff
- Fritz, Ernst, Währungs- sowie Währungsumstellungsprobleme und Versicherungsaufsicht, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht nach dem Gesetz vom 12.5.1901, herausgegeben von W. Rohrbeck, 1. Band, 1952, S.147 ff
- Die Reichsmarkzeit von 1924-1948, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht nach dem Gesetz vom 12.5.1901, herausgegeben von W. Rohrbeck, 3. Band, 1955, S.186 ff
- Die Vorschriften über die Rechnungslegung der Versicherungsunternehmen in der Sicht der Versicherungsaufsichtsbehörde, VersArch 1955, S.129 ff

- Rückblick und Ausblick, Was kann und darf die deutsche Individualversicherung im Jahre 1957 erwarten?, VW 1957, S.3 ff
- Fromm, Gerhard Erich, Versicherungs- und Bausparkassenaufsichtsgesetz, Die Änderungen vom 5.3.1937 und 19.11.1937 mit ausführlichen Erläuterungen (und dem Gesamtabdruck des Gesetzes), München und Berlin 1938
- Gadow, W., Heinichen, E., Schmidt, E., Schmidt, W. und Weipert, O., Aktiengesetz, Großkommentar, 2. Aufl. 1961
- Gahlen, Rudolf, Die Aufsicht über die privaten Versicherungsunternehmungen und ihre Probleme, Diss. Köln 1929
- Gerber, Hans, Geld und Staat, Jena 1926
- Die Idee des Staates in der neueren evangelisch-theologischen Ethik, 1930
- Die weltanschaulichen Grundlagen des Staates, Vorlesungen beim Antritt des Ordinariats an der Universität Tübingen, Stuttgart 1930
- In Freiheit gebundene Berufe, Vortrag vor der Arbeitsgemeinschaft freier Berufe Baden-Württemberg vom 18.6.1952
- Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, Ein Rechtsgutachten, AöR Band 81, 1956, Heft 1, S.2-54
- Das Problem öffentliches und privates Recht, Vortrag 1958, als Manuskript vervielfältigt
- Giacometti, Zaccaria, Die Freiheitsrechte als Katalog der Freiheit, Zürich 1955
- Giese, Friedrich, Grenzen der verwaltungsrechtlichen Ermessensnachprüfung, JZ 1952, S.585 ff
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., 1955
- Godin, Reinhard Freiherr von, und Wilhelmi, Hans, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, 2. Aufl., 1950
- Gottschalk, Alfred, Die Leistungspflicht des Versicherers, ZfV 1932, S.221 ff
- Grewe, Wilhelm, Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes, DRZ 1949, S.349 ff
- Haas, Diether, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art.2 Abs.1 des GG, DÖV 1954, S.70 ff
- Hamann, Andreas, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Heidelberg 1953, .
- "Die verfassungsmäßige Ordnung", Zugleich eine Stellungnahme zu dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 16.1.1957, BB 1957, S.229 ff
- Die Freiheit des Berufs, Gedanken zum Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11.6.1958, NJW 1958, S.1801 ff
- Das Grundgesetz, Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 2. Aufl., 1961

- Hamel, Walter, Das Recht zur freien Berufswahl, DVBl.1958, S.37 ff
- Hammer, Klaus, Zur Frage der Bedürfnisprüfung bei der Zulassung von Zweigstellen einer Sparkasse, Sparkasse 1955, S.359 ff
- Hatz, Heinz, Entwicklung, Aufgaben und Abgrenzung der Staatsaufsicht über die privaten Versicherungsunternehmungen in der Schweiz, Diss.jur. Zürich 1951
- Haußleiter, Otto, Beruf und Gewerbe nach dem Bonner Grundgesetz, DÖV 1952, S.496 ff
- Heide, Wolf von der, Das Recht der freien Berufswahl nach Art.12 des Grundgesetzes, BB 1950, S.485 ff
- Hesse, Konrad, Die normative Kraft der Verfassung, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 222, Tübingen 1959
Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, Veröff.d.VDStRL Heft 17, 1959, S.11 ff
- Heydte, Freiherr von der, Friedrich August, Diskussionsbeitrag zu: Die Tragweite der Generalklausel in Art.19 Abs.4 des Bonner Grundgesetzes, Veröff.d.VDStRL Heft 8, 1950, S.162 f
- Hippel, Ernst von, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, Veröff.d.VDStRL Heft 10, 1952, S.1 ff
- Hippel, Fritz von, Recht, Sittlichkeit und Religion im Aufbau von Sozialordnungen, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 213/214, Tübingen 1958
- Huber, Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2.Aufl., Band 1, Tübingen 1953, Band 2, Tübingen 1954
Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, S.97-102, 135-143, 172-175, 200-207
- Hueck, Alfred, Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht, in: Staat und Bürger, Festschrift für Willibalt Apelt, München und Berlin 1958, S.57 ff
Gesellschaftsrecht, Ein Studienbuch, 10.Aufl., 1960
- Ipsen, Hans Peter, Enteignung und Sozialisierung, Veröff.d.VDStRL Heft 10, Berlin 1952, S.74 ff
Gleichheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 2.Band, 1954, S.111 ff
Rechtsfragen berufsständischer Zwangsversorgung, 1954
Das Verbot des Massengütertransports im Straßenverkehr; Rechtsgutachten zum Regierungsentwurf eines Straßenentlastungsgesetzes, Hamburg 1954
Verfassungsfragen zur Handwerksordnung, DVBl.1956, S.358 ff

- Jannott, Kurt, und Ossewski, Kurt, Die Kraftfahrtversicherung, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht nach dem Gesetz vom 12.5.1901, herausgegeben von W.Rohrbeck, 2.Band, 1952, S.227 ff
- Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, 3.Aufl., Offenburg 1931, Neudruck 1948
- Kaiser, Joseph H., Die Repräsentation organisierter Interessen, Berlin 1956
- Kisch, Wilhelm, Die Ethik im Versicherungswesen, ZfV 1935, S.277 ff
Handbuch des Privatversicherungsrechts, 2.Band, 1920, Die Lehre von der Versicherungsgefahr
- Kleinrahm, Kurt, Bedürfnisprüfung und Grundgesetz, Zur Problematik des Art.12, DV 1949, S.537 ff
- Koellreutter, Otto, Deutsches Staatsrecht, 1952
- Koehler, Alexander, Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960, Berlin und Frankfurt, 1960
- Könneker, Wilhelm, Neue Entwicklung des Wettbewerbs in der Kreditwirtschaft, Volkswirt 1959, S.1583 f
- Kraemer, Hans-Joachim, Die präjudizierende Bedeutung des "Apothekenurteils", DVBl.1958, S.850 ff
- Krampe, Gerhard, Die Befugnis der Aufsichtsbehörde zum Erlaß von Rechnungslegungsvorschriften nach § 55 Abs.2 VAG, ZVersWiss 1961, S.351 ff
- Krüger, Herbert, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl.1950, S.625 ff
Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, Göttingen 1950
Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl.1951, S.361 ff
Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, NJW 1955, S.201 ff
- Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung, 11.Aufl., München und Berlin 1956, neu bearbeitet von Erich Eyermann und Ludwig Fröhler
- Lerche, Peter, Grundrechtsbegrenzungen "durch Gesetz" im Wandel des Verfassungsbildes, DVBl.1958, S.524 ff
- Loenicker, Gustav, Nochmals: Reform des Versicherungsaufsichtsgesetzes?, VRecht 1953, S.371 f
Die neuen Rechnungslegungsvorschriften für die privaten Bausparkassen, VerBAV 1955, S.97 ff
- Loppuch, Siegfried, Zur Freiheit der Berufswahl und Beschränkung der Berufsausübung, DÖV 1951, S.123 ff
- Mahr, Werner, Einführung in die Versicherungswirtschaft, Berlin 1951
- Manes, Alfred, Versicherungslexikon, 2.Aufl., 1924
- Mangoldt, Hermann von, Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt 1953

- Mangoldt, Hermann von, und Klein, Friedrich (von Mangoldt-Klein), Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2.,neubearb. Aufl., 1957
- Mattern, Karl-Heinz, Petitionsrecht, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 2. Band, 1954, S.623 ff
- Matz, Werner, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, 1. Band, 1951
- Maunz, Theodor, Deutsches Staatsrecht, 11. Aufl., München und Berlin 1962
- Maunz, Theodor und Dürig, Günter, Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin 1960
- Menger, Christian-Friedrich, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 173, 1953
- Rechtsgutachten über die Vereinbarkeit des § 8 Abs.4 des Genossenschaftsgesetzes mit dem Grundgesetz, 1954
- Das Gesetz als Norm und Maßnahme, Veröff.d. VStRL, Heft 15, 1957, S.1 ff
- Meyer, Heinz, Einzelfragen aus der deutschen und schweizerischen Versicherungsaufsicht, ZVersWiss 1961, S.309 ff
- Motte, Harald de la, Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag, auch im Lichte des Konkursrechts, VRecht 1951, S.185 ff
- Naumann, Richard, Grundlagen und Grenzen der Berufsfreiheit, JZ 1951, S.423 ff
- Neugebauer, Wolfgang, Ist die Bedürfnisprüfung bei der Zulassung von Versicherungsunternehmen mit dem Grundgesetz vereinbar?, ZfV 1952, S. 422 ff und S.454 ff
- Nipperdey, Hans Carl, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, 1954
- Oppermann, Thomas, Gaststättenbedürfnis und Grundrechtsauslegung, AöR 80. Band, 1955/1956, S.470 ff
- Peters, Hans, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, Laun-Festschrift, 1953, S.669 ff
- Die Verfassungsmäßigkeit des Verbots der Beförderung von Massengütern im Fernverkehr auf der Straße, Gutachten zum Entwurf eines Straßenentlastungsgesetzes, Bielefeld 1954
- Zu den Grenzen der staatlichen Versicherungsaufsicht, Festschrift für Heinrich Lehmann, 1956 (2. Band), S.895 ff
- Pfeiffer, Christoph, Bedürfnisprüfung, Grundgesetz und Versicherungsaufsicht, VRecht 1953, S.95 ff

- Pröhl, Hans, Reichsgesetz über das Kreditwesen, Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1939
- Prölss, Erich R., Versicherungsaufsichtsgesetz und Nebengesetze, Beck'scher Kurzkomentar, 1. Aufl., 1955; neubearb. 3. Aufl., 1961
- Wandlungen des Versicherungsaufsichtsrechts, ZVersWiss 1961, S. 109 ff
- Protokolle des Reichstages, 10. Legislaturperiode, II. Session 1900/1901, 1. Band, Nr. 179
- Raiser, Ludwig, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, in: Festschrift für J. von Gierke, 1949, S. 181 ff
- Reuß, Wilhelm, Der "numerus clausus" im Gewerberecht für freie Berufe, NJW 1951, S. 777 ff
- Ritschl, Hans, Das Wesen der Staatswirtschaft, Hamburg 1950
- Rittner, Fritz, Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, WuW Heft 4, Düsseldorf 1957
- Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 261/262, Tübingen 1962
- Rohde-Liebenau, Wolfram, Kurzbeitrag, NJW 1957, S. 817 f
- Rohrbeck, Walter, Wirtschaftswissenschaftliche Forschungsaufgaben des Versicherungswesens, Berlin 1939
- Der Versicherungsnehmer, sein Werden und Wesen, in: Zeit und Forschungsfragen der Versicherungswirtschaft, Heft 7, Weissenburg 1950, S. 73 ff
- Die Deutsche Versicherungswirtschaft zwischen Zwang und Freiheit, ZfV 1951, S. 181 ff
- 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht nach dem Gesetz vom 12.5. 1901, erschienen in der Schriftenreihe des Instituts für Versicherungswissenschaft an der Universität Köln, Erster Band, Allgemeine Fragen des Versicherungsrechts und der Versicherungswirtschaft, 1952,
- Zweiter Band, Entwicklung und Fortschritt in den beaufsichtigten Institutionen, 1952,
- Dritter Band, Versicherungsaufsicht in In- und Ausland, Nachschlageregister über die Veröffentlichungen der Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen in den ersten 50 Jahren, 1955
- Sasse, Jürgen, Aufsichts- und Aufsichtsverwaltungsakt nach § 81 VAG, in: Rechtsfragen der Individualversicherung, Festgabe für Erich Prölss, 1957, S. 231 ff
- Schattschneider, Gerhard, Das Versicherungsaufsichtsrecht in seiner Entwicklung von der Reichsaufsicht zur Bundesaufsicht, Diss. jur. Hamburg 1951
- Schätzler, J. G., Kurzbeitrag, NJW 1957, S. 818 f

Scheuner, Ulrich, Grundfragen des modernen Staates, in: Recht, Staat und Wirtschaft, 3. Band, 1951

Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, Rechtsnormen und Rechtsschutz, Veröff.d.VDStRL, Heft 11, Berlin 1954, S.1 ff
Handwerksordnung und Berufsfreiheit, Deutsches Handwerksblatt 1955, Heft 21, S.339 ff, Heft 22, S.361 ff, Heft 23/24, S.387 ff
Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung, Zur Auslegung des Art.12 Grundgesetz, DÖV 1956, S.65 ff

Das Grundrecht der Berufsfreiheit, DVBl. 1958, S.845 ff

Schmitt, Carl, Freiheitsrechte und Institutionelle Garantien, 1931

Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: HdbDStR 2.Band, Tübingen 1932, S.572 ff

Rechtsstaatlicher Verfassungsvollzug, 1952

Schnupp, Günther, Auskunftrecht der Polizei, DÖV 1959, S.172 ff

Scholtissek, Herbert, Innere Grenzen der Freiheitsrechte, NJW 1952, S.561 ff

Schüle, Adolf, Verfassung und Wirtschaft, Mannheim 1948

Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, Veröff.d.VDStRL Heft 11, 1954, S.75 ff

Scupin, Hans-Ulrich, Die Rechtslehre der Wirtschaft unter dem Bonner Grundgesetz, Münster i. W., 1950

Sprengel, Hans-Erhard, Keine Bedürfnisprüfung mehr bei der Neugründung von Kreditinstituten und der Errichtung von Zweigstellen, Sparkasse 1959, S.123 ff

Selbstordnungsmaßnahmen des Kreditgewerbes auf dem Gebiete der Zweigstellenerrichtung, Sparkasse 1960, S.279 ff

Starke, O.-Ernst, Zur Reform des Versicherungsaufsichtsrechts, VRecht 1951, S.105

Die Entwicklungslinien der materiellen Staatsaufsicht in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht nach dem Gesetz vom 12.5.1901, herausgegeben von W.Rohrbeck, 3.Band, 1955, S.11 ff

Die Neuregelung der Bankenaufsicht und ihre Bedeutung für die Versicherungswirtschaft, ZVersWiss 1960, S.15 ff

Steffens, Heinz, Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) vom 17.9.1953, Kommentar, 1956, in: Aschendorffs Juristische Handbücherei, 50.Band

Szagunn, V., und Neumann, W., Gesetz über das Kreditwesen vom 10.7. 1961, Stuttgart 1961

- Thoma, R., Niederlassungsfreiheit der Rechtsanwälte nach dem Grundgesetz?, AöR Band 75, 1949, S.363 ff
- Tittel, Bedürfnisprüfung und Grundgesetz, Der Betrieb 1961, S.227 ff
- Turegg, Kurt Egon von, Bedürfnisprüfung bei Gewerbezulassungen, NJW 1950, S.774 ff
- Über, Gisbert, Keine Bedürfnisprüfung bei der Zulassung von Rechtsbeiständen und Prozeßagenten, JuV 1950, S.193 ff
- Freiheit des Berufes, Art.12 des Grundgesetzes, Hamburg 1952
- Ullrich, Hans, Zur Reform des Versicherungsrechtes, in: Jahrbuch der Akademie für deutsches Recht, 2. Jahrgang 1935, S.65 ff
- Voigt, Alfred, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, Veröff.d.VDStRL Heft 10, 1952, S.33 ff
- Weber, Werner, Eigentum und Enteignung, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 2.Band, 1954, S.331 ff
- Die Versicherungsaufsicht in der gegenwärtigen Rechtsentwicklung, ZVersWiss, 1961, S.333 ff
- Wehrhahn, Herbert, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, Veröff.d.VDStRL Heft 15, 1957, S.35 ff
- Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art.2 Abs.1 des Grundgesetzes, AöR Band 82, 1957, S.250 ff
- Wendt, Hugo, und Helberg, Oskar, Die Einbruchdiebstahl-Versicherung, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht nach dem Gesetz vom 12.5.1901, herausgegeben von W.Rohrbeck, 3.Band, 1955, S.177 ff
- Werner, Fritz, Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung, AöR Band 81, 1956, S.84 ff
- Wintrich, Josef Marquard, Zur Problematik der Grundrechte, Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Heft 71, 1957
- Zur Auslegung und Anwendung des Art.2 Abs.1 des Grundgesetzes, in: Staat und Bürger, Festschrift für Willibalt Apelt, München und Berlin 1958, S.1 ff
- Zeidler, Karl, Bundesverfassungsgericht und "Maßnahmegesetz", Bemerkungen zum Beschluß BVerfGE 10/234, JZ 1960, S.391 ff

1. Kapitel

PROBLEMSTELLUNG

Die deutsche Versicherungswirtschaft steht seit dem Inkrafttreten des "Reichsgesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen" am 1.1.1902 unter einheitlicher Staatsaufsicht. Nach diesem Gesetz bedarf jedes Unternehmen zur Aufnahme oder Erweiterung des Geschäftsbetriebes der Erlaubnis durch die Aufsichtsbehörde. Diese Erlaubnis darf seit dem Änderungsgesetz vom 5.3.1937 (RGBl. I, S.269) gem. § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG unter anderem dann versagt werden, wenn sie "unter Berücksichtigung der örtlichen und gesamtwirtschaftlichen Bedürfnisse nicht gerechtfertigt erscheint". § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG setzt die Aufsichtsbehörde damit in die Lage, einem um Zulassung ansuchenden Antragsteller den Zugang zum Versicherungsgewerbe wegen Fehlens eines Bedürfnisses zu versagen.

Abgesehen von der ersten Zeit nach dem Zusammenbruch im Jahre 1945 ist in den folgenden Jahren von dieser Bestimmung kein Gebrauch gemacht worden, da das Versicherungsaufsichtsamt in Anbetracht der günstigen wirtschaftlichen Entwicklung keine Veranlassung hatte, Anträge auf Neuzulassung oder Erweiterung des Geschäftsbetriebes wegen Fehlens eines örtlichen oder gesamtwirtschaftlichen Bedürfnisses abzulehnen. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG bedarf aber der Klärung, da das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen in Berlin im Falle einer stagnierenden oder rückläufigen wirtschaftlichen Entwicklung sehr leicht in die Lage versetzt werden kann, die Bestimmung des § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG anwenden zu müssen, denn der deutsche Versicherungsmarkt ist als gesättigt anzusehen. Dazu haben die Zuwanderung von Unternehmen aus den Ostgebieten beigetragen, die sich im Westen neu etablierten, das in der Zwischenzeit immer stärkere Auftreten ausländischer Unternehmen auf deutschem Raum und schließlich die Kapazitätserweiterung der bestehenden Unternehmen überhaupt. Das Versicherungsaufsichtsamt sieht sich aber seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes daran gehindert, die Bedürfnisprüfung nach § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG in dem seit ihrer Einführung im Jahre 1937 praktizierten Umfange weiter anzuwenden, da Art.12 Abs.1 GG allen Deutschen das Recht garantiert, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen, und sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch das Bundesverwaltungsgericht die Verfassungsmäßigkeit der Bedürfnisprüfung auf anderen Rechtsgebieten bereits verneint haben.

§ 8 Abs.1 Ziff.3 VAG einerseits und Art.12 Abs.1 GG andererseits scheinen in gedanklichem Widerstreit zueinander zu stehen, so daß sich die Frage stellt, ob § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes als übergeordnetem Gesetz ungültig geworden oder ob und in welchem Umfange diese Bestimmung als geltendes Recht bestehen geblieben ist. Letzteres kann nur dann der Fall sein, wenn Art.12 GG eine Regelung der Berufszulassung nicht schlechthin verbietet. Das hängt wiederum davon ab, welcher Freiheitsbegriff dem Grundgesetz zugrunde liegt.

Der Verfassungsgesetzgeber hat mit der Normierung der Grundrechte im Grundgesetz unverbrüchliche Garantien für die persönliche Freiheit des Bürgers geschaffen. Man ist sich jedoch darüber im klaren, daß die Gewährleistung der persönlichen Freiheit nicht im Sinne eines hemmungslosen Sichauslebens begriffen werden darf, was im einzelnen noch darzulegen sein wird. Vielmehr soll das Grundgesetz eine Ordnung sichern, in welcher das Gemeinschaftsleben mit seinen Bindungen die persönliche Freiheit des einzelnen nicht aufhebt. Die ideale Lösung läge darin, die Selbstbegrenzung des einzelnen seinem Verantwortungsbewußtsein gegenüber der Gemeinschaft zu überlassen, also in das Selbstverständnis des Bürgers zu legen. In einem Massengemeinwesen aber muß eine dem Selbstverständnis jedes einzelnen überlassene Regelung, abgesehen von dem Vorhandensein von gemeinschaftsfeindlichen Elementen, versagen, da nicht mehr angenommen werden kann, daß der einzelne den Gesamtzusammenhang überschaut. Daraus folgt die Notwendigkeit, daß vom Gesetzgeber durchsetzbare Regelungen mit verbindlicher Kraft für und gegen jedermann geschaffen werden, durch die der einzelne in Schranken gehalten wird. Die Möglichkeit hierzu eröffnet das Grundgesetz überall dort, wo es selbst auf einschränkende Gesetze in den Grundrechtsbestimmungen verweist.

Für das Berufs- und Gewerbe-recht ist in erster Linie Art.12 GG maßgebend. Art.12 Abs.1 Satz 1 GG garantiert das Recht der freien Berufswahl, Art.12 Abs.1 Satz 2 GG gestattet die Regelung der Berufsausübung durch den einfachen Gesetzgeber. Die Frage ist, ob und welche Beschränkungen des Berufszugangs im Allgemeininteresse durch die Regelungsbefugnis des Art.12 Abs.1 Satz 2 GG gedeckt sind und wie weit der Gesetzgeber in diesem Rahmen ermächtigt ist, die Berufszulassung zu regeln. Die Beantwortung dieser Frage ist für die Bedürfnisprüfung deshalb verfassungsrechtlich von besonderer Bedeutung, weil hier der einzelne praktisch keinen Einfluß auf das Vorliegen des Bedürfnisses hat. Wird ihm der Zugang zu einem Beruf wegen mangelnden Bedürfnisses versagt, so ist es ihm regelmäßig unmöglich, von sich aus den Mangel zu beheben. Das kann im Ergebnis einer Berufssperre gleichkommen.

Darin liegt der Unterschied der Bedürfnisprüfung gegenüber den anderen Zulassungsvoraussetzungen wie der fachlichen Vorbildung und des genügenden Anfangskapitals, auf deren Vorhandensein der einzelne sehr wohl Einfluß nehmen kann, und gleichzeitig der Grund dafür, daß die rechtliche Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung auf allen Wirtschaftsgebieten so umstritten ist. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Beschränkung des Berufszuganges unter Hinweis auf das Fehlen des Bedürfnisses im privaten Versicherungsgewerbe möglich ist, soll - beschränkt auf diesen Wirtschaftszweig - im folgenden untersucht werden.

Die Arbeit unterstellt hierbei die volkswirtschaftliche Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Bedürfnisprüfung, ohne deren Voraussetzungen im einzelnen zu prüfen. Eine Untersuchung dieser Frage mit der Vielfalt der Argumentation und den damit verbundenen wirtschaftstheoretischen und wirtschaftspolitischen Überlegungen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Gegenstand der Untersuchung ist nur die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Bedürfnisbestimmung des § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG. Soweit es hierfür im einzelnen auf wirtschaftliche Gesichtspunkte ankommt, werden diese an gegebener Stelle erörtert.

2. Kapitel

ABRISS DER ENTWICKLUNG DER VERSICHERUNGSAUFSICHT

I. Die Entwicklung im allgemeinen

Erste, einer Versicherungsaufsicht entfernt nahekommende Maßnahmen, die wir im 14. und 15. Jahrhundert in Italien finden (1), waren zunächst nur darauf gerichtet, Mißbräuche, insbesondere rein spekulative Wettversicherungen zu verhindern; man wettete auf das Leben des Kaisers, des Papstes, auf den Ausgang eines Krieges. In Deutschland führte die im 17. Jahrhundert beginnende Ausbreitung und Entwicklung des Versicherungswesens im Laufe der Jahrzehnte zu den ersten Maßnahmen einzelner Länderregierungen, die mit zunehmender wirtschaftlicher Bedeutung des neuen Wirtschaftszweiges immer häufiger wurden.

Der Merkantilismus, der dem Versicherungswesen, als für den Staatsreichtum nicht förderlich, ablehnend gegenüberstand, brachte eine Verschärfung der Aufsichtsmaßnahmen mit sich (2), vielfach die Einführung eines Konzessions-systems, teilweise mit dem Nachweis persönlicher Zuverlässigkeit und des Bedürfnisses.

Der im 19. Jahrhundert darauf folgende Liberalismus ließ den Staat als wirtschaftslenkende Macht wieder hinter das Individuum zurücktreten, was sich auch auf die Versicherungsaufsicht auswirkte (3). Die volle Gewerbefreiheit blieb dem Versicherungsgewerbe jedoch im wesentlichen versagt.

Auf liberaler wirtschaftspolitischer Grundlage konnte auch das 1901 neu gegründete Kaiserliche Aufsichtsamt für Privatversicherung nach dem "Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen" vom 12.5.1901 (RGBl. I, S.139 ff) zunächst arbeiten, das neben den materiellen Mängeln mit der Vereinheitlichung der Versicherungsaufsicht auch die Mängel der rechtlichen Zersplitterung beseitigte und das heute noch die Grundlage der deutschen Versicherungsaufsicht bildet. Das Gesetz (4) beruht auf dem Sy-

(1) Peter Boss, Systeme der Staatsaufsicht über Versicherungsunternehmungen, Berlin 1955, S.11; Josef Kohler, Das Versicherungsrecht, Halle 1910, S.354 f.

(2) Alfred Manes, Versicherungslexikon, 2. Aufl., 1924, Sp.593; Boss, S.12.

(3) vgl. Boss, S.12/13.

(4) seit 1931 (vgl. RGBl. I, S.315 ff) als "Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen".

stem der materiellen Staatsaufsicht mit Konzessionsprinzip. Nach diesem bedarf jeder Antragsteller für den Zugang zum Versicherungsgewerbe der staatlichen Erlaubnis, die von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig ist. Gegenüber dem zugelassenen und wirtschaftlich tätigen Unternehmen stehen der Aufsichtsbehörde eine Reihe von Befugnissen zu, die eine laufende materielle Überwachung der Wirtschafts- und Betriebsführung des Unternehmens ermöglichen (vgl. §§ 5 ff, 10 ff, 54 ff, 81 ff VAG). Das Gesetz beschränkt sich nicht auf die bloße Publikation bestimmter Vorgänge oder auf die rein formelle Prüfung der eingereichten Unterlagen.

Der 1. Weltkrieg brachte mit der Einführung der Zwangswirtschaft eine Beschränkung der Befugnisse des Aufsichtsamtes mit sich. Schließlich stellte die Inflation mit der progressiven Geldabwertung Sinn und Zweck der Versicherung vorübergehend überhaupt in Frage. Die Versicherungsaufsicht mußte sich vornehmlich mit der Verhinderung betrügerischer Spekulationsgründungen und -geschäfte befassen. Erst die Einführung der Rentenmark führte wieder zu einer freien wirtschaftlichen Entwicklung, die jedoch durch die erneute Wendung zur Zwangswirtschaft infolge der Weltwirtschaftskrise bald wieder gehemmt wurde.

Im Jahre 1933 verlor das Versicherungsaufsichtsamt in weitem Umfange seine freie Entscheidungsgewalt. Die Befugnisse des dem Reichsaufsichtsamte übergeordneten Reichswirtschaftsministeriums als politischer Instanz wurden ausgedehnt und führten von der bisher reinen Dienstaufsicht zu einer immer mehr in einzelne sachliche Entscheidungen eingreifenden Fachaufsicht. Die Aufsichtsbehörde wurde in vielen Fällen zum bloß ausführenden Organ der politisch entscheidenden Instanzen, und die materielle Staatsaufsicht wurde, besonders während des Krieges, zur materiellen Staatslenkung.

Nach Auflösung des "Reichsaufsichtsamtes für das Versicherungswesen" mit dem Zusammenbruch im Jahre 1945 ruhte zunächst jegliche Aufsichtstätigkeit. Nach ersten Notmaßnahmen durch die Länder Ende 1946 versuchte das neu errichtete "Zonenamt des Reichsaufsichtsamtes für das Versicherungswesen für die britische Zone" die alte Aufsichtspraxis auf größerer Ebene wieder aufzunehmen und weiterzuführen, bis durch das "Gesetz über die Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen" vom 31.7.1952 (BGBl. I, S.480) die zentrale Aufsichtsbehörde mit dem Sitz in Berlin gegründet wurde.

Das Bundesaufsichtsamt beaufsichtigt heute die privaten Versicherungsunternehmen, die im Bundesgebiet und in Berlin ihren Sitz, eine Niederlas-

sung oder Geschäftsstelle haben oder auf andere Weise das Versicherungsgeschäft betreiben, und die öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen, soweit diese über den Bereich eines Landes hinaus tätig sind bzw. soweit das Bundesaufsichtsamt auf Ersuchen eines Landes die Aufsicht übernommen hat (1).

Das Versicherungsaufsichtsamt erteilt die Erlaubnis zur Aufnahme des Geschäftsbetriebs. Hierbei prüft es insbesondere, ob die finanziellen Voraussetzungen des Unternehmens auf Grund des Geschäftsplanes und die fachliche Qualifikation des Geschäftsleiters gewährleistet sind (vgl. §§ 5 ff VAG). Bei den zugelassenen Unternehmen überwacht es die ordnungsmäßige Durchführung des vorgelegten Geschäftsplanes durch Kontrolle der Rechnungslegung, des Jahresabschlusses und der Prämienreserven. Insbesondere wacht es darüber, daß die Belange der Versicherten auf Grund der Bedingungen hinreichend gewahrt sind (vgl. §§ 10 ff, 54 ff, 81 ff VAG). Zur Durchsetzung dieser Befugnisse steht der Aufsichtsbehörde das Recht zu, gegebenenfalls mit Verwaltungszwang gegen den betreffenden Versicherer vorzugehen (vgl. §§ 81 ff VAG).

II. Die Einführung der Bedürfnisprüfung

Nach dem Inkrafttreten des "Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmen" vom 12.5.1901 (RGBl. I, S.139) am 1.1.1902 waren für die Zulassung neuer Versicherungsunternehmen im wesentlichen folgende Bestimmungen maßgebend:

- § 4 Abs.1: Die Versicherungsunternehmen bedürfen zum Geschäftsbetrieb der Erlaubnis der Aufsichtsbehörde.
- § 5: Die Erteilung der Erlaubnis erfolgt unabhängig von dem Nachweis eines Bedürfnisses und, sofern nicht der Wirkungskreis des Unternehmens nach dem Geschäftsplan auf eine bestimmte Zeit oder auf ein kleineres Gebiet beschränkt ist, ohne Zeitbeschränkung bzw. für den Umfang des Reiches.
- § 7 Abs.1: Die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb darf nur versagt werden, wenn
 1. der Geschäftsplan gesetzlichen Vorschriften zuwiderläuft,

(1) vgl. § 2 und § 11 des Gesetzes über die Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen vom 31.7.1951 (BGBl. I, S.480); in Berlin eingeführt durch Gesetz vom 13.12.1951 (VOBl., S. 1177), in Kraft seit 23.12.1951.

2. nach dem Geschäftsplan die Interessen der Versicherten nicht hinreichend gewahrt sind oder die dauernde Erfüllbarkeit der aus den Versicherungen sich ergebenden Verpflichtungen nicht genügend dargetan ist,
3. Tatsachen vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, daß ein dem Gesetz oder den guten Sitten entsprechender Geschäftsbetrieb nicht stattfinden wird.

Diese Bestimmungen sind mit Ausnahme einer rein redaktionellen Textänderung im Jahre 1931 (1), bis zur Änderung durch die Novelle im Jahre 1937, maßgebend geblieben.

Durch das "Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen" vom 5.3.1937 (RGBl. I, S.269) erhielten die genannten Bestimmungen folgenden abgeänderten Wortlaut, der bis heute als Gesetzestext beibehalten wurde:

- § 5 Abs.1: Versicherungsunternehmungen bedürfen zum Geschäftsbetriebe der Erlaubnis der Aufsichtsbehörde.
- § 6: Die Erlaubnis wird, wenn sich nicht aus dem Geschäftsplan etwas anderes ergibt, ohne Zeitbeschränkung und für den Umfang des Reichs (2) erteilt.
- § 8 Abs.1: Die Erlaubnis darf nur versagt werden, wenn
1. die Inhaber und Geschäftsleiter nicht ehrbar oder fachlich nicht genügend vorgebildet sind oder die für den Betrieb der Unternehmung sonst erforderlichen Eigenschaften und Erfahrungen nicht besitzen,
 2. nach dem Geschäftsplan die Belange der Versicherten nicht ausreichend gewahrt oder die Verpflichtungen aus den Versicherungen nicht genügend als dauernd erfüllbar dargetan sind,

-
- (1) vgl. die Bekanntmachung der Neufassung des "Gesetzes über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen" vom 6.6.1931 (RGBl. I, S.315) auf Grund des Art.V des "Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen" vom 30.3.1931 (RGBl. I, S.102).
- (2) jetzt des Bundes und Westberlins bei entsprechender Anwendung des § 10 Abs.2 des Gesetzes vom 31.7.1951 (BGBl. I, S.480) und des Berliner Gesetzes vom 13.12.1951 (VOBl., S.1177).

3. die Erlaubnis unter Berücksichtigung der örtlichen und gesamtwirtschaftlichen Bedürfnisse nicht gerechtfertigt erscheint (1).

Die wichtigste Neuerung und grundsätzliche Änderung des bisher geltenden Gesetzestextes stellte § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG in der Fassung des Gesetzes von 1901 bzw. 1931 dar, wonach die "Berücksichtigung der örtlichen und gesamtwirtschaftlichen Bedürfnisse" als neuer wesentlicher Versagungsgrund für die Aufsichtsbehörde hinzutrat.

Die anderen Abänderungen des § 8 VAG stellten keine wesentlichen Neuerungen dar. Ziff.2 wurde in der alten Formulierung übernommen. Ziff.1 und 3 der bisherigen Fassung des § 8 Abs.1 VAG - Widerspruch des Geschäftsplanes oder des Geschäftsbetriebes mit den Gesetzen oder den guten Sitten - konnten ersatzlos wegfallen, weil sie nur selbstverständliche allgemeine Rechtsgrundsätze normierten, die von jeder Behörde ohne besonderen Hinweis von selbst zu beachten sind. Die neu formulierte Ziff.1 des § 8 Abs.1 VAG sollte sicherstellen, daß Inhaber und Geschäftsleiter den Anforderungen genügen, die charakterlich und fachlich billigerweise an sie gestellt werden können, und damit eine ausreichende Gewähr für einen ordnungsmäßigen Geschäftsbetrieb bieten (2).

Die nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz von 1901 bestehenden Versagungsgründe hatten zwar dafür gesorgt, daß die Interessen und Leistungsansprüche der Versicherten hinreichend gesichert waren und daß Verstöße gegen die Gesetze und die guten Sitten verhindert wurden, völlig unberücksichtigt war jedoch geblieben, ob für die beabsichtigte Neugründung überhaupt ein wirtschaft-

- (1) gem. Art.I Nr.2 c und d des Gesetzes vom 5.3.1937 (RGBl.I, S.269) galten diese Vorschriften bei Änderung des Geschäftsplanes und bei Bestandsübertragungen entsprechend; heute vgl. § 13 Satz 2, § 14 Abs.1 Satz 2 VAG.
- (2) vgl. Erlaß des RWM vom 24.4.1937 - I 12849/37, Ministerialblatt für Wirtschaft 1937, S.119 ff, Punkt 3; abgedruckt in Fromm, Versicherungs- und Bausparkassenaufsichtsgesetz, Die Änderungen vom 5.3.1937 und 19.11.1937, S.77;
vgl. Franz Büchner, Die Entwicklung der Deutschen Gesetzgebung über die Versicherungsaufsicht bis zum Bundesgesetz vom 31.7.1951, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht nach dem Gesetz vom 12.5.1901, herausgegeben von W.Rohrbeck, Band 1, S.1 ff (30/31).

liches Bedürfnis bestand oder ob der neu zu errichtende Betrieb nicht lediglich den bestehenden Wettbewerb vermehren und verschärfen würde, ohne den Versicherungsbedürftigen wirklich Nutzen und Vorteile zu bringen. Sofern die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Neuzulassung gegeben waren, mußte das Aufsichtsamt der neuen Unternehmung die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb erteilen, ohne Rücksicht auf die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse. Es wäre mangels entsprechender Befugnisse nicht in der Lage gewesen, einer für die Gesamtwirtschaft ungesunden Zunahme von Neugründungen und Betriebserweiterungen wirksam entgegenzutreten (1).

Dem Reichsaufsichtsamt ist es zwar gelungen, mit Hilfe der bestehenden Versagungsgründe eine Anzahl versicherungswirtschaftlich unerwünschter Neugründungen zu verhindern, indem es erhöhte Anforderungen an die geldliche Ausrüstung der Unternehmen stellte, jedoch konnten das nur Notmaßnahmen sein, die insbesondere in den Jahren der Geldentwertung nach dem Ersten Weltkrieg keinen Erfolg hatten, als die bisher üblichen prohibitiven Anforderungen an eine genügend hohe Kapitalausstattung zur bloßen Farce wurden. So wurden auch bereits in den ersten Jahren der Tätigkeit des damals "Kaiserlichen Aufsichtsamtes" Zweifel geäußert, ob die bestehenden Rechtsgrundlagen und die der Aufsichtsbehörde eingeräumten Befugnisse für eine wirksame Aufsicht tatsächlich ausreichen, und die Aufsichtsbehörde beschäftigte sich schon vor dem Ersten Weltkrieg mit der Frage der Einführung einer Bedürfnisprüfung. Der Beginn des Krieges brachte diese Bestrebungen jedoch zum Erliegen (2).

Die Pläne wurden erst wieder nach 1933 aufgenommen, angeregt durch das "Gesetz über die Errichtung von Zwangskartellen" vom 15.7.1933 (RGBl. I, S.488). Nach § 5 dieses Gesetzes konnte der Reichswirtschaftsminister, wenn es die besonderen Bedürfnisse auf einem bestimmten Wirtschaftsgebiete unter Berücksichtigung der Belange der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohles geboten erscheinen ließen, anordnen, "daß innerhalb dieses Wirtschaftszweiges die Errichtung neuer Unternehmungen sowie die Erweiterung des Geschäftsbetriebes oder der Leistungsfähigkeit bestehender Unternehmen für eine bestimmte Zeit unterbleibt oder von einer Einwilligung abhängig" gemacht wird. Nachdem dann durch das "Reichsgesetz über das Kreditwesen"

-
- (1) vgl. Gerhard Erich Fromm, Versicherungs- und Bausparkassenaufsichtsgesetz, München u. Berlin 1938, § 8 VAG Anm. 5a, S.113; vgl. auch Büchner, S.30 ff.
 - (2) Eberhart Finke und Christopf Pfeiffer, Markt-, Preis- und Wettbewerbsordnung im Aufsichtsrecht und in der Praxis, S.115.

vom 5.12.1934 (RGBl. I, S.1203) die Bedürfnisprüfung für Kreditinstitute unter diesen Gesichtspunkten eingeführt worden war, überprüfte man auch auf dem Gebiet der Versicherungswirtschaft die Verhältnisse im Hinblick auf die Einführung einer Bedürfnisprüfung (1).

Am 31.12.1936 standen insgesamt 2049 Versicherungsunternehmungen, davon 61 ausländische, unter der Aufsicht des Reichsaufsichtsamtes (2). Daneben gab es Tausende von kleineren Versicherungsunternehmungen, die unter Landesaufsicht standen. Auf Grund dieses Tatbestandes gelangte der "Ausschuß für Versicherungswesen" in der "Akademie für Deutsches Recht" zu der Auffassung, daß die deutsche Versicherungswirtschaft kapazitätsmäßig übersetzt sei und ein Bedürfnis für die Schaffung neuer Versicherungsunternehmungen nicht bestünde, und schlug dem Reichswirtschaftsminister vor, der Reichsregierung ein allgemeines Verbot für Neugründungen und Neuzulassungen von Unternehmungen aller Art auf dem Gebiete des Versicherungswesens für eine Sperrzeit von drei Jahren zu empfehlen und nach Ablauf dieser Sperrzeit die Erteilung der Betriebszulassung von dem Vorliegen eines Bedürfnisses abhängig zu machen. Dieser Vorschlag wurde durch die "Wirtschaftsgruppe Privatversicherung" der "Reichsgruppe Versicherungen" in der "Organisation der gewerblichen Wirtschaft" unterstützt. Es dürfte daraufhin nicht unwesentlich auf den Einfluß des Reichsaufsichtsamtes zurückzuführen sein, wenn 1937 doch auf einen gänzlichen Zulassungstop verzichtet und lediglich die Bedürfnisprüfung eingeführt wurde (3).

Für ausländische Unternehmungen stellte die Einführung der Bedürfnisprüfung keine erhebliche Neuerung dar. Bereits nach dem Gesetz vom 12.5.1901 bedurften ausländische Versicherungsgesellschaften zur Aufnahme des Geschäftsbetriebs in Deutschland der Erlaubnis, über die ausschließlich der Reichswirtschaftsminister nach freiem Ermessen entschied (4). Es war daher

(1) vgl. Fromm, S.114.

(2) vgl. VerAfP. 1937, S.11.

(3) vgl. Hans Ullrich, Zur Reform des Versicherungsrechtes, in: Jahrbuch der Akademie für deutsches Recht, 2. Jahrgang, 1935, S.65 ff (66); Fromm, § 8 Anm.5a, S.114; Finke - Pfeiffer, Markt-, Preis- und Wettbewerbsordnung im Aufsichtsrecht und in der Praxis, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht nach dem Gesetz vom 12.5.1901, 1. Band, S.115.

(4) vgl. §§ 85, 86 Abs.2 VAG in der Fassung des Gesetzes vom 12.5.1901 (RGBl. I, S.139 ff).

keine wesentliche Änderung der Zulassungspraxis, wenn das Vorliegen eines Bedürfnisses nunmehr geprüft werden mußte, nachdem bereits vorher im Rahmen des freien Ermessens ein Antrag auf Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb abgelehnt werden konnte (1).

In den Jahren 1945 bis 1949 wurde die Bedürfnisprüfung unterschiedlich gehandhabt, jedoch unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses vielfach bejaht und durchgeführt (2), bis mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes die Frage der Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung mit der oben bereits näher dargestellten Problematik erneut aktuelle Bedeutung erlangte.

(1) vgl. jetzt §.106 Abs.1 und 3 VAG.

Gem. § 8 Nr.5 des "Gesetzes über die Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen" vom 31.7.1951 (BGBl. I, S.480) entscheidet heute der Bundesminister für Wirtschaft.

(2) vgl. Ernst Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Band 1, Tübingen 1953, S.651 f; Finke-Pfeiffer, S.117.

I. HAUPTTEIL

DAS GRUNDRECHT DER BERUFSFREIHEIT UND DESSEN GRENZEN NACH DER VERFASSUNG

3. Kapitel

DIE GARANTIE DER BERUFSFREIHEIT (Art. 12 GG)

I. Der Geltungsbereich des Art. 12 GG

Im Mittelpunkt der hier anzustellenden Erörterungen über die Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung steht Art. 12 Abs. 1 GG. Dieser lautet:

"Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz geregelt werden."

Art. 12 Abs. 1 GG garantiert demnach das Recht auf freie Berufswahl, die berufliche und gewerbliche Niederlassungsfreiheit, d.h. die berufliche Freizügigkeit innerhalb der Bundesrepublik, sowie die freie Wahl der Ausbildungsstätte (1). Die Garantie der Berufswahl, die weit auszulegen ist (2), umfaßt neben den gewerblichen Berufen auch die freien Berufe, die auch gerade "öffentliche Berufe" in dem spezifischen Sinne sind (3), und auch die Freiheit des abhängigen Arbeitnehmers (4). Auch die dem Staate vorbehaltenen Berufe

-
- (1) Zum Verhältnis von Art. 12 GG zu Art. 11 GG vgl. Otto Bachof, Freiheit des Berufs, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Berlin 1958, 3. Band, S. 155 ff (171); Günter Dürig, Freizügigkeit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 2. Band, 1954, S. 507 ff.
- (2) BVerfGE Band 7, S. 377 ff (387).
- (3) vgl. Hans Gerber, In Freiheit gebundene Berufe, Vortrag vor der Arbeitsgemeinschaft freier Berufe Baden-Württemberg vom 18.6.1952; vgl. ferner BVerfGE Band 7, S. 377 ff (398).
Zum Begriff und den Charakteristika des freien Berufes sowie zur Abgrenzung gegenüber dem Begriff des Unternehmens vgl. Fritz Rittner, Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 261/262, Tübingen 1962, S. 18 ff.
- (4) vgl. BVerfGE Band 7, S. 377 ff (398/399); so auch Hans Peter Ipsen, Verfassungsfragen zur Handwerksordnung, DVBl. 1956, S. 358 ff (359).

des "öffentlichen Dienstes" werden von Art.12 Abs.1 GG erfaßt, allerdings nur im Rahmen der auf Grund von Art.33 GG ergangenen Sonderregelungen (1).

Eine ausdrückliche Gewährleistung der Gewerbefreiheit wie in Art.151 WeimRV findet sich im Grundgesetz nicht. Daß mit dem Wort "Beruf" in Art.12 Abs.1 GG auch der Begriff des Gewerbes mit erfaßt wird, ist jedoch allgemein anerkannt (2).

Diese durch Art.12 GG gewährten Freiheiten stehen nur dem deutschen Bürger zu. Art.12 GG ist kein allgemeines Menschenrecht, sondern nur ein Grundrecht der Deutschen. Ausländer können sich auf diese Freiheitsgarantie nicht berufen. Die Bedürfnisprüfung ist deshalb bei der Neuzulassung ausländischer Versicherungsunternehmungen auch dann zulässig (vgl. § 106 Abs.2 Nr.1 VAG), wenn sie sonst mit Art.12 Abs.1 GG nicht vereinbar ist. Aus dem gleichen Grunde verstößt auch § 111 Abs.2 VAG, wonach der Bundesminister für Wirtschaft nach freiem Ermessen einem ausländischen Unternehmen den Geschäftsbetrieb im Inland wieder versagen kann, nicht gegen Art.12 Abs.1 GG.

Art.12 Abs.1 GG gilt entgegen der in der Weimarer Staatsrechtslehre herrschenden Meinung, die eine Geltung der Grundrechte für juristische Personen verneinte (3), grundsätzlich auch für inländische juristische Personen, da er seinem Wesen nach auf diese anwendbar ist (Art.19 Abs.3 GG), denn auch juristische Personen können ein Gewerbe betreiben, das von Art.12 Abs.1 GG erfaßt wird (4). Dabei sind "inländische" juristische Personen nur solche, die ihren Sitz im Inland haben (5), nicht auch ausländische Unternehmen,

-
- (1) vgl. BVerfGE Band 7, S.377 ff (397/398); a. A. noch das Bundesverwaltungsgericht in BVerwGE Band 4, S.250 ff (254).
 - (2) vgl. BVerfGE Band 7, S.377 ff (397); von Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2.neubearb. Aufl., 1957, Art.12 Anm.III 1.
 - (3) vgl. Carl Schmitt, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: HdbDStR, Band 2, Tübingen 1932, S.572 ff (591); von Mangoldt-Klein, 2. Aufl., Art.19 Anm.VI, S.566.
 - (4) vgl. von Mangoldt-Klein, 2. Aufl., Art.12, Anm.VI 4, S.389.
 - (5) Inländische juristische Personen sind - in Anlehnung an Art.116 GG - allerdings nicht nur die im Gebiet der Bundesrepublik ansässigen, sondern grundsätzlich auch diejenigen juristischen Personen, die im Gebiet des Deutschen Reiches nach dem Stand vom 31.12.1937 ihren Sitz hatten (vgl. Dürig, in: Die Grundrechte, 2.Band, S.507 ff (520 ff); von Mangoldt-Klein, 2. Aufl., Art.19 Anm.VI 2, S.566.

die im Inland zugelassen sind und da eine Zweigniederlassung unterhalten. Zweigniederlassungen sind keine selbständigen Rechtssubjekte. Inländische Zweigniederlassungen ausländischer juristischer Personen sind daher ausländische Unternehmen im Sinne des Art.19 Abs.3 GG und können sich auf Art.12 GG nicht berufen. Zwar wird gem. § 37 Abs.5 AktG, § 13b Abs.3 HGB jede ausländische Zweigniederlassung wie eine inländische Hauptniederlassung behandelt, diese Gleichstellung mit inländischen Unternehmen gilt jedoch nur hinsichtlich der Pflicht zur Anmeldung, der Zeichnung und der Eintragung im Handelsregister (1) und vermag den Charakter als ausländische Gesellschaft nicht zu verändern. Würde man Art.12 GG auf inländische Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen anwenden, so würden diese in weiterem Umfange Grundrechtsschutz genießen, als die im Gebiet der Bundesrepublik tätigen natürlichen ausländischen Personen. Für eine solche Unterscheidung ist aber kein sachlicher Grund ersichtlich (2).

Nach von Mangoldt-Klein (3) sollen zwar auch im Inland anerkannte (zugelassene) ausländische juristische Personen als inländisch im Sinne des Art.19 Abs.3 GG angesehen werden. Das bedeutet jedoch nicht, daß die Grundrechte, die ihrem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar sind, schlechthin für im Inland anerkannte ausländische juristische Personen gelten. Vielmehr kommt es auf den Geltungsbereich des einzelnen Grundrechts an. Wenn Art.12 Abs.1 GG aber als Deutschenrecht von vornherein nur für den deutschen Bürger gilt, so werden ausländische juristische Personen von diesem Grundrecht überhaupt nicht erfaßt. Das erkennt auch von Mangoldt-Klein an anderer Stelle selbst an (4). Ausländer, die zwar in ihrer beruflichen Betätigung nicht rechtlos gestellt seien (5), könnten sich jedenfalls auf Art.12

-
- (1) Fischer, in: Gadow-Heinichen, Großkommentar zum Aktiengesetz § 37 Nr.11; Reinhard Freiherr von Godin und Hans Wilhelmi, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, 2. Aufl., 1950, § 37 Anm.10; Adolf Baumbach und Alfred Hueck, Aktiengesetz, 11. Aufl., 1961, § 37 Anm.4.
 - (2) wie hier Bachof, in: Die Grundrechte, 3. Band, S.155 ff (178, Fußn.92); Ipsen, Gleichheit, in: Die Grundrechte, 2. Band, 1954, S.111 ff (135 f); Wernicke, in: Bonner Kommentar, Art.19 Anm. II 3a; Werner Weber, Eigentum und Enteignung, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 2. Band, 1954, S.331 ff (361).
 - (3) vgl. 2. Aufl., Art.19 Anm. VI 2.
 - (4) vgl. 2. Aufl., Art.12 Anm. VI 3.
 - (5) vgl. z.B. Theodor Maunz, Deutsches Staatsrecht, 11. Aufl., München

Abs.1 GG nicht berufen (1). Auf Art.12 Abs.1 GG kommt es hier aber entscheidend an.

Eine Einschränkung des Art.12 Abs.1 GG ist allerdings für juristische Personen des öffentlichen Rechts geboten. Da die Grundrechte gegen den Staat gerichtete Abwehrrechte sind, ist ein Grundrechtsschutz dort begrifflich ausgeschlossen, wo der Staat selbst hoheitlich tätig wird. Sonst würden die Grundrechte den Grundrechtsträger vor sich selbst schützen. Anders ist es jedoch dort, wo die juristische Person nicht den organisatorischen Rahmen für eine Betätigung der Staatsgewalt bildet, sondern vielmehr nur Träger oder Sachwalter einer Vielzahl zusammengefaßter, mit Grundrechtsschutz gegen den Staat ausgestatteter Einzelindividuen ist. Hier ist eine sinngemäße Geltung der Grundrechte für juristische Personen des öffentlichen Rechts durchaus möglich, denn die juristische Person ist hier nur der formelle Rahmen für eine nicht aus der Staatsgewalt abgeleitete Betätigung. Diese bloße Sachwalterstellung hat die öffentliche Hand beispielsweise bei den öffentlichen Sparkassen und gerade auch bei den öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsversicherungsunternehmungen (vgl. § 2 Abs.3, §§ 3, 4 BAG). Eine andere rechtliche Beurteilung dieser Unternehmen gegenüber den in Rechtsformen des Privatrechts betriebenen Unternehmen wäre aus der Sache heraus nicht gerechtfertigt (2).

und Berlin 1962, S.89 unter Hinweis auf BVerfGE Band 12, S.6 ff, daß das Recht auf rechtliches Gehör (Art.103 Abs.1 GG) auch ausländischen juristischen Personen zusteht.

- (1) von Mangoldt-Klein, Bonner GGs. 2.Aufl., Art.12 Anm. VI 3.
- (2) wie hier: Theodor Maunz und Günter Dürig, Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin 1960, Art.19, Anm.45 ff; Bachof, in: Die Grundrechte, 3.Band, S.155 ff (178/179); Andreas Hamann, Das Grundgesetz, Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 2. Aufl., 1961, Art.19, Anm.9, Art.12, Anm.B 1; für die Anwendung der Grundrechte auf alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts, jedoch ohne Begründung und ohne zu der aufgezeigten Problematik Stellung zu nehmen, sprechen sich Wernicke in Bonner Kommentar, Art.19, Anm.II 3 a, und von Mangoldt-Klein, 2. Aufl., Art.19, Anm. VI 2 aus.

II. Die dem Grundgesetz zugrunde liegende Freiheitsauffassung

Die in Art.12 Abs.1 GG gewährte Berufs- und Gewerbefreiheit steht nicht mehr wie in Art.151 Abs.3 WeimRV die "Freiheit des Handels und Gewerbes" insgesamt unter dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt, vielmehr kann das durch Art.12 Abs.1 GG garantierte Recht durch einfaches Gesetz nur in den engen Grenzen des Art.12 Abs.1 Satz 2 GG und nur bis zur Wesensgehaltsgrenze des Art.19 Abs.2 GG eingeschränkt werden. Art.12 GG ist deshalb gegenüber der Garantie der Freiheit des Handels und Gewerbes in Art.151 Abs.3 WeimRV mit ganz anderen Garantien gegenüber dem einfachen Gesetzgeber ausgestattet. Der dem Grundgesetz zugrunde liegende Freiheitsbegriff ist überhaupt ein ganz anderer.

Das Grundgesetz sagt sich grundsätzlich von der Ausdeutung der Grundrechte als vom Staate gewährter und damit dem Einfluß der Staatsgewalt unterworfenen Freiheitsrechte los. Die Grundrechte werden nicht vom Staat geschaffen, sondern garantieren eine Freiheitssphäre außerhalb seiner Einwirkungsmöglichkeiten, auch wenn sie, um für die Rechtsanwendung praktikabel zu sein, im Grundgesetz als einem staatlichen Gesetz normiert sind. Die Freiheitssphäre wiederum erhält ihren bestimmenden Sinngehalt durch die Garantie der Menschenwürde in Art.1 Abs.1 GG, aus deren Anerkennung sich persönliche Freiheitsrechte überhaupt erst ergeben und aus der heraus sich Sinn und Zweck, Bedeutung und Tragweite der Grundrechte nur erschließen können. Ein versuchter Eingriff des Gesetzgebers in die durch die Grundrechte gewährte Freiheitssphäre des Bürgers würde - im Gegensatz zur Weimarer Verfassung - rechtswidrige illegale Gesetze ergeben, da heute auch der Gesetzgeber unter den Grundrechten steht (Art.1 Abs.3 GG). Einschränkungen der Grundrechte haben, soweit sie das Grundgesetz ausdrücklich zuläßt, Ausnahmecharakter, sind daher eng auszulegen und finden ihre absolute Grenze in der Wesensgehaltsgarantie des Art.19 Abs.2 GG.

Dieser Ausgangspunkt - "in dubio pro libertate" - bedeutet jedoch nicht die Verbürgung schrankenloser Freiheit. Der einzelne steht als freie und deshalb verantwortliche Persönlichkeit in der staatlichen Gemeinschaft, der gegenüber er zur Achtung und zur Rücksichtnahme verpflichtet ist, um nicht seine Freiheit auf Kosten der Freiheit seiner Mitmenschen zu gebrauchen. Indem jeden Staatsbürger die gleiche Verpflichtung trifft, wird ein Verhältnis wechselseitiger Rücksichtnahme auf die Rechte jedes einzelnen und der Gemeinschaft gesichert und ein gedeihliches Zusammenleben gewährleistet. Von die-

sem geläuterten Freiheitsbegriff geht das Grundgesetz aus. Er ist auch für Art.12 GG verbindlich.

Auf dieser Antinomie von persönlicher Freiheit und freiheitlicher Bindung (1) beruht gerade die Schwierigkeit jeglicher Grundrechtsinterpretation, denn das Grundgesetz versagt es sich, sowohl systematisch als auch inhaltlich eindeutige Belege für die Grenzen der Gemeinschaftsbindungen zu geben. Diese Problematik steht hier im Mittelpunkt der Erörterungen, da die Bedürfnisprüfung als offensichtlich gegen die persönliche Freiheit gerichtete Maßnahme - wenn überhaupt - sich nur aus der Gemeinschaftsbindung des einzelnen Grundrechts begründen läßt. Zwar enthält Art.12 Abs.1 Satz 1 GG einen Regelungsvorbehalt für den einfachen Gesetzgeber. Umfang und Inhalt dieses Vorbehalts und damit des Grundrechts selbst sind jedoch erst durch Auslegung des Artikels bzw. des Grundgesetzes im ganzen zu ermitteln.

-
- (1) Die grundsätzlich bestehende Antithese von Individuum und Gemeinschaft darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß unser Staatsleben eine "unendliche Skala von juristischen Personen, soziologischen Gemeinschaften und Gesellschaften" kennt, die alle "zwischen Staat und Individuum ihren Platz haben", so daß sich der einzelne wie der Staat darüber hinaus "überindividuellen Gebilden" (Parteien, Gewerkschaften, Arbeitgeber- und anderen Interessenverbänden) gegenüber sieht und "das Leben des Einzelmenschen nicht nur vom Staat beherrscht wird, sondern auch der Gewalt solcher Verbände unterworfen ist"; Dürig, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, S.193 ff (194); vgl. auch Joseph H. Kaiser, Die Repräsentation organisierter Interessen, Berlin 1956; Zur Frage der (verfassungsrechtlichen) Funktion der politischen Parteien vgl. Konrad Hesse, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, Veröff.d. VDRStRL Heft 17, 1959, S.11 ff (18 ff).

4. Kapitel

DER REGELUNGSVORBEHALT DES ART.12 ABS.1 SATZ 2 GG

I. Das Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juni 1958

Die Frage der Zulässigkeit von berufsregelnden Gesetzen hat seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes Literatur und Rechtsprechung in starkem Maße beschäftigt. Sie hat jetzt durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 11.6.1958 zur Zulässigkeit des Art.3 Abs.1 des Bayerischen Gesetzes über das Apothekenwesen vom 16.6.1952 (1) (Apothekenurteil) (2) eine grundlegende Klärung erfahren. Hier hat das Bundesverfassungsgericht erstmals in sehr gründlicher und ausführlicher Weise zu der Frage der Begrenzung bzw. Beschränkung der Berufsfreiheit Stellung genommen und damit einzelne Punkte, die mehrere Jahre Gegenstand ernsthaften Meinungsstreits waren, aus dem Wege geräumt. Den Leitsätzen der Entscheidung ist das Bundesverwaltungsgericht unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung gefolgt (3). Auch die Lehre hat weitestgehend die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze anerkannt, die als richtungsweisend bezeichnet werden können (4). Allerdings gibt die weitere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch Anlaß zu Bedenken, wie noch auszuführen sein wird.

Wenn im folgenden von den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätzen ausgegangen wird, so geschieht das nicht wegen der Auswirkungen dieser Entscheidung auf die gesamte Rechtsprechung, sondern vielmehr deshalb, weil das Bundesverfassungsgericht in seiner Begründung auf eine langjährige verfassungsrechtliche Entwicklung zurückgreifen und diese abschließen konnte und deshalb die verfassungsrechtliche Situation zusammenfassend wiedergibt.

(1) in der Fassung des Gesetzes vom 12.10.1955 (GVBl., S.267).

(2) vgl. BVerfGE Band 7, S.377 ff = NJW 1958, S.1035 ff.

(3) vgl. BVerwGE Band 8, S.14 ff.

(4) vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht, S.135 ff; Hamann, Kommentar, 2. Aufl., 1961, Art.12, Anm.5, S.146 ff; Bachof, Freiheit des Berufes, in: Die Grundrechte, 3. Band, S.155 ff (213 ff); derselbe, Zum Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1958, S.468 ff.

1. Die Dreistufentheorie

Das Bundesverfassungsgericht löst sich von der bisher strengen begrifflichen Unterscheidung zwischen Berufswahl und Berufsausübung, aus der heraus die Lösung des Problems vielfach versucht wurde, sieht das Grundrecht der Freiheit des Berufes als einheitliches Grundrecht an und erstreckt die Regelungsbefugnis des Art.12 Abs.1 Satz 2 GG dem Grunde nach, wenn auch mit entscheidenden graduellen Unterschieden in der Intensität, sowohl auf die Berufswahl als auch auf die Berufsausübung (1). Die beiden Begriffe "Wahl" und "Ausübung" des Berufes sind nach seiner Ansicht nicht zeitlich abgrenzbare Phasen des Berufslebens, sondern überschneiden sich gegenseitig. Einmal, so sagt das Gericht, stelle die "Aufnahme der Berufstätigkeit den Anfang der Berufsausübung dar, wie die gerade hierin - und häufig nur hierin - sich äußernde Betätigung der Berufswahl". Ebenso seien der "in der laufenden Berufsausübung sich auswirkende Wille zur Beibehaltung des Berufes und schließlich die freiwillige Beendigung der Berufsausübung im Grunde zugleich Akte der Berufswahl" (2).

Bei dieser grundsätzlichen Einbeziehung der Berufswahl in den Regelungsvorbehalt des Art.12 Abs.1 Satz 2 GG bestimmt das Bundesverfassungsgericht die Grenzen der Regelungsbefugnis des einfachen Gesetzgebers im einzelnen nach der sogenannten Dreistufentheorie.

Es übernimmt die bisher schon anerkannten Grundsätze, daß vollkommen freier Zugang zu jedem Berufe nicht gewollt sein kann und daß für einzelne Berufe bestimmte Zulassungserfordernisse unabdingbar sind, erkennt aber andererseits an, daß eine unbeschränkte Berufszulassungsregelung mit dem Grundgesetz unvereinbar wäre (3). Die Regelungsbefugnis des Art.12 Abs.1 Satz 2 GG sei in erster Linie um der Berufsausübung willen gegeben. Demgegenüber solle die Berufswahl nach dem Willen der Verfassung grundsätzlich frei sein. Deshalb könne die Regelungsbefugnis des einfachen Gesetzgebers hinsichtlich beider Phasen der beruflichen Betätigung nicht gleich weit gehen, vielmehr müsse diese um so größer sein, je mehr sie die Berufsaus-

(1) vgl. BVerfGE Band 7, S.377 ff (401 ff).

(2) vgl. BVerfGE Band 7, S.377 ff (401).

(3) vgl. Art.74 Ziff.19 GG; Huber, DöV 1956, S.140; von Mangoldt-Klein, Bonner GG, 2. Aufl., Art.12 GG, Anm.5; Bonner Kommentar, Anm.I 2 zu Art.12 GG; Wolf von der Heide, Das Recht der freien Berufswahl nach Art.12 des Grundgesetzes, BB 1950, S.485 ff; BVerfGE Band 7, S.377 ff (401/402).

übung betreffe und um so enger, je mehr sie sich auf die Berufswahl auswirke (1). Während die Berufsausübung schon im Rahmen vernünftiger Erwägungen der Zweckmäßigkeit eingeschränkt werden könne (2), dürfe die Freiheit der Berufswahl nur eingeschränkt werden, soweit der "Schutz besonders wichtiger ("überragender") Gemeinschaftsgüter" ein Zurücktreteten des Freiheitsanspruchs des einzelnen zwingend, d.h. in einer Weise gebiete, daß anders das in Frage stehende, überragende Gemeinschaftsgut nicht gewährleistet werden kann.

Erweist sich ein solcher Eingriff als unumgänglich, habe der Gesetzgeber stets die Form des Eingriffs zu wählen, die das Grundrecht am wenigsten beschränke (3).

Aus diesen Grundsätzen ergebe sich folgendes Prinzip der Differenzierung:

Am freiesten sei der Gesetzgeber im Bereich der ersten Stufe, nämlich dort, wo er lediglich die Berufsausübung ohne Rückwirkung auf die Freiheit der Berufswahl regele. In diesem Bereich könne er die Berufstätigkeit der Berufsangehörigen näher gestalten und ihnen im Interesse der Allgemeinheit erforderliche Auflagen machen. Auch der Gedanke der Förderung eines Berufes und damit die Erzielung einer höheren sozialen Gesamtleistung könne hier berücksichtigt werden (4). Entscheidend sei jedoch, daß das Recht, den bereits ergriffenen Beruf auszuüben, unberührt bleibe.

Sobald eine gesetzliche Regelung die Berufszulassung von bestimmten Voraussetzungen abhängig mache und damit die Freiheit der Berufswahl berühre, müsse der gesetzgeberische Eingriff demgegenüber zur Erhaltung eines überragenden Gemeinschaftsgutes zwingend geboten sein (5). Hierbei sei zu unterscheiden zwischen subjektiven Voraussetzungen, vor allem solchen der Vor- und Ausbildung, und objektiven Voraussetzungen, die mit der persönlichen Qualifikation des Berufsanwärters nichts zu tun haben, sondern vielmehr regelmäßig seinem Einfluß entzogen seien (6). Diese Unterscheidung gibt dem

(1) vgl. BVerfGE Band 7, S.377 ff (403).

(2) vgl. BVerfGE Band 7, S.377 ff (405).

(3) vgl. BVerfGE Band 7, S.377 ff (405).

(4) vgl. BVerfGE Band 7, S.377 ff (406).

(5) Dabei kommen nicht nur solche Vorschriften in Betracht, "die die berufliche Betätigung unmittelbar zum Gegenstand haben", sondern auch solche ohne berufsregelnden Charakter, die aber "die Berufswahl mittelbar beeinträchtigen", BVerfGE Band 13, S.181 ff (185/186) (Schanksteuerurteil).

(6) vgl. BVerfGE Band 7, S.377 ff (406).

Bundesverfassungsgericht das Kriterium für die Abgrenzung der 2. und 3. Stufe.

Die subjektiven Voraussetzungen (2. Stufe), die ein Teil der rechtlichen Ordnung des Berufsbildes seien (1), ergäben sich weitestgehend aus der Sache selbst. Einzelne Berufe bedürfen im Interesse der Allgemeinheit des Nachweises besonderer theoretischer Kenntnisse und praktischer Fähigkeiten durch den Berufsausübenden. Dabei stehe jedem Bürger grundsätzlich die Möglichkeit offen, sich die Kenntnisse und Fähigkeiten anzueignen und sich dadurch den Zugang zu dem Berufe zu verschaffen (2). Das lasse den Eingriff in die Freiheit des einzelnen durch Zulassungsregelungen subjektiver Art unzweifelhaft geringer erscheinen als einen Eingriff objektiver Art. An einen solchen seien besonders hohe Anforderungen zu stellen, da sie selbst denjenigen, der die von ihm geforderten subjektiven Voraussetzungen der Berufsaufnahme erfüllt hat, vom Berufe ausschließen können und damit dem Grundrecht direkt entgegenwirken. Eine Einschränkung der Berufszulassung durch objektive Kriterien könne im allgemeinen "nur zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut" (3) verfassungsmäßig sein.

Diese Grundsätze hat das Bundesverfassungsgericht in folgenden Leitsätzen zusammengefaßt:

- 1) Die Freiheit der Berufsausübung kann beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen; der Grundrechtsschutz beschränkt sich auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil etwa übermäßig belastender und nicht zumutbarer Auflagen.

(1) vgl. BVerfGE Band 7, S. 377 ff (406).

- (2) Ob unter diesem Gesichtspunkt die Höchstaltersgrenze für Hebammen zu Recht und mit überzeugenden Gründen als subjektives Zulassungserfordernis qualifiziert worden ist, BVerfGE Band 9, S. 338 ff (345), muß fraglich erscheinen. Zwar ist die Frage des "Zugelassen-Bleibens" nach den Grundsätzen der Zulassung zu behandeln, jedoch ist - ohne das Problem hier vertiefen zu können - die Erreichung der Altersgrenze ein objektives Ereignis, auf das der Betreffende gerade keinen Einfluß nehmen kann. Darüber hinaus hat die nicht am Einzelfall orientierte Vermutung für die Leistungsunfähigkeit gerade den generellen Sperrcharakter objektiver Zulassungserfordernisse und stellt sich inhaltlich als Leistungsmaßnahme dar.

(3) vgl. BVerfGE Band 7, S. 377 ff (408).

- 2) Die Freiheit der Berufswahl darf nur eingeschränkt werden, soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert. Ist ein solcher Eingriff unumgänglich, so muß der Gesetzgeber stets diejenige Form des Eingriffs wählen, die das Grundrecht am wenigsten beschränkt.
- 3) Wird in die Freiheit der Berufswahl durch Aufstellung bestimmter Voraussetzungen für die Aufnahme des Berufs eingegriffen, so ist zwischen subjektiven und objektiven Voraussetzungen zu unterscheiden: Für die subjektiven Voraussetzungen (insbesondere Vor- und Ausbildung) gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in dem Sinne, daß sie zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen. An den Nachweis der Notwendigkeit objektiver Zulassungsvoraussetzungen sind besonders strenge Anforderungen zu stellen; im allgemeinen wird nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschafts- gut diese Maßnahme rechtfertigen können.
- 4) Regelungen nach Art.12 Abs.1 Satz 2 GG müssen stets auf der "Stufe" vorgenommen werden, die den geringsten Eingriff in die Freiheit der Berufswahl mit sich bringt; die nächste "Stufe" darf der Gesetzgeber erst dann betreten, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan werden kann, daß die befürchteten Gefahren mit (verfassungsmäßigen) Mitteln der vor- ausgehenden Stufe nicht wirksam bekämpft werden können.

Untersucht man die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts dahin, ob es die Berufszulassung - nach der früher vielfach getroffenen Unterscheidung - zur "nicht einschränkbaren" Berufswahl oder zur "einschränkbaren" Berufsausübung rechnet, so muß man feststellen, daß es die Berufszulassung begrifflich in die Berufswahl einbezieht. Zur Berufsausübung zählt das Bundesverfassungsgericht nur diejenigen Beschränkungen, die dem bereits einen Beruf Ausübenden für seine Berufstätigkeit ohne eine Auswirkung auf die Berufswahl auferlegt werden (1). Eine Auswirkung auf die Berufswahl ist aber dann gegeben, wenn die Aufnahme der Berufstätigkeit von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig gemacht wird (2). Jede Zulassungsregelung unterliegt daher nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts den für die Berufswahl geltenden Grundsätzen. Damit hat das Bundesverfassungsgericht den Streit um die be-

(1) vgl. BVerfGE Band 7, S.377 ff (405/406).

(2) vgl. BVerfGE, ebenda, S.406.

griffliche Zurechnung der Berufszulassung mit Recht zugunsten der Berufswahl entschieden (1). Die Freiheit der Berufswahl kann nicht nur auf den inneren Willensakt der Entscheidung für einen bestimmten Beruf beschränkt sein, sondern muß die faktische Berufsaufnahme mit umfassen, soll die Garantie der Berufswahl nicht ohne jeden praktischen Effekt bleiben.

2. Die Grundsätze der Geeignetheit, Subsidiarität und Proportionalität als Kriterien der Verfassungsmäßigkeit des Grundrechtseingriffs

Das Bundesverfassungsgericht hat mit der Dreistufentheorie eine Lösung gefunden, die - zumindest grundsätzlich - über Art.12 GG hinaus Geltung beanspruchen kann und die heute - fünf Jahre nach der Entscheidung - bereits selbstverständlich erscheint.

Versucht man die vom Bundesverfassungsgericht formulierten Leitsätze dogmatisch in überkommene Leitbilder einzureihen, so läßt sich die Entscheidung ohne weiteres den Grundsätzen der Geeignetheit, Subsidiarität und Proportionalität unterstellen, wenn auch das Bundesverfassungsgericht diese Grundsätze nicht klar herausgearbeitet und gekennzeichnet hat. Diese Begriffe sind zwar im Polizeirecht entwickelt worden, sie sind jedoch heute - nicht zuletzt dank der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes (2) - allgemeine Grundsätze des Verwaltungshandelns und darüber hinaus auch verbindliche Richtlinien für die Gesetzgebung (3).

a) Die Geeignetheit einer gesetzgeberischen Maßnahme ist erste Voraussetzung ihrer Wirksamkeit. Ihrer Feststellung bedarf es daher, bevor

-
- (1) So schon früher z.B. Huber, DÖV 1956, S.141; Thomas Oppermann, Gaststättenbedürfnis und Grundrechtsauslegung, AöR Band 80, 1955/56, S.470 ff (471/472); Gisbert Ober, Freiheit des Berufes, Art.12 GG, Hamburg 1952, S.137; derselbe, Keine Bedürfnisprüfung bei der Zulassung von Rechtsbeiständen und Prozeßagenten, JuV 1950, S.193 ff; Kurt Kleinrahm, Bedürfnisprüfung und Grundgesetz, Zur Problematik des Art.12, DV 1949, S.537 ff; OVG Münster, i.st.Rspr., erstmals Urt. vom 20.9.1950, VerwRspr. Band 3, S.737 ff, später nach der abweichenden Entscheidung des BVerwG, Urt. vom 6.5.1954, DVBl. 1954, S.648 ff (649).
- (2) vgl. VGH-Entscheidungen NF Band 1, Teil I, S.32, für das Sachleistungsrecht; VGH-Entscheidungen NF Band 1, Teil I, S.120, f.d. Wohnwesen.
- (3) vgl. BVerfGE Band 3, S.384 ff (399).

eine darüber hinausgehende Wertung des gewählten Mittels im Hinblick auf den erstrebten Zweck vorgenommen wird. Wenn das Bundesverfassungsgericht prüft, ob die zur Entscheidung stehende gesetzliche Regelung überhaupt eine Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut abzuwenden in der Lage ist (1), so stellt es die Frage nach der Geeignetheit des vom Gesetzgebers gewählten Mittels.

- b) Der Grundsatz der Subsidiarität wird einmal so verstanden, daß Staatseingriffe erst dann gerechtfertigt sind, "wenn die Marktwirtschaft ihrem Wesen nach oder in einer konkreten Situation mit marktkonformen Mitteln die Ziele einer angemessenen Versorgung nicht erreichen kann" (2). Die Zulässigkeit nicht-marktkonformer Lenkungsakte des Staates soll nur gegeben sein, wenn der freie Wettbewerb eine hinreichende Güterversorgung nicht zu bestreiten vermag und die Gefahr von Versorgungsengpässen oder gar Versorgungskrisen droht.

Diese Formel ist der Sache nach richtig und trifft mit der Behebung und Verhinderung von Versorgungsschwierigkeiten den der Allgemeinheit am deutlichsten erkennbaren Fall eines notwendigen staatlichen Lenkungseingriffes, sie erfaßt aber nur einen kleinen Teil des Verantwortungsbereiches des Staates, in dem eine staatliche Wirtschaftsintervention erforderlich und verfassungsrechtlich zulässig ist, wenn sie beispielsweise eine Verhinderung von Überkapazitäten und Übersetzungen in einzelnen Wirtschaftszweigen, die Abwehr fachlich und persönlich unzuverlässiger Elemente oder die Notwendigkeit eines Beschäftigungsausgleiches außer Betracht läßt (3).

Der Grundsatz der Subsidiarität ist deshalb dahin festzulegen, daß eine Zulassungsregelung oder eine sonstige, die Berufswahl beeinträchtigende Regelung immer dann, aber auch nur dann zulässig ist, wenn und soweit sie das einzige Mittel zur Erhaltung eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes darstellt und dieses Gemeinschaftsgut durch andere, weniger in die Freiheit des einzelnen - wie in die freiheitliche Ordnung des Privatrechts überhaupt - eingreifende Maßnahmen nicht geschützt werden kann (4).

(1) vgl. BVerfGE Band 7, S.377 ff (409).

(2) vgl. Hans Carl Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, 1954, S.22.

(3) Zur Frage der Verantwortung des Staates für das Funktionieren der Wirtschaft, vgl. unten S. 46 ff.

(4) vgl. hierzu Huber, DÖV 1956, S.205 rechts.

Den Grundsatz der Subsidiarität enthalten die Leitsätze 6 b und d des Apothekenurteils, wonach Regelungen gem. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG jeweils auf der Stufe vorgenommen werden müssen, die den geringsten Eingriff in die Freiheit der Berufswahl mit sich bringt und eine Regelung der nächsten Stufe erst getroffen werden darf, wenn diese gegenüber der Regelung der vorhergehenden Stufe die allein wirksame ist, weil auf andere Weise der Erfolg nicht herbeigeführt werden kann (1).

- c) Nach dem Grundsatz der Proportionalität muß zwischen Mittel und Zweck des Staatseingriffes ein angemessenes Verhältnis bestehen. Dabei ist die Einbuße, die der einzelne durch den Eingriff in seine persönliche Rechtssphäre erleiden würde, gegenüber dem Schaden abzuwägen, der ohne diesen Eingriff der Allgemeinheit entstehen würde oder dieser zu entstehen droht (2). Die Bewertung der Zweck-Mittel-Relation kann verschieden sein, je nachdem, wie die Abwägung der widerstrebenden Interessen vorgenommen wird.

Der Grundsatz der Proportionalität verbietet den schwereren Eingriff, wo der mildere den Erfolg herbeizuführen ebenso in der Lage ist, schließt ein Verbot dort aus, wo die Aufsicht ausreichendes Mittel ist, und verbietet generelle, präventive Maßnahmen, die mit dem Schädlichen auch das Unschädliche und sogar das Nützliche unterdrücken, soweit auf den Einzelfall gerichtete Maßnahmen genügen (3).

Mit dem Grundsatz der Proportionalität unvereinbar wäre deshalb ein generelles gesetzliches Verbot weiterer Neuzulassungen, weil von Gesetzes wegen die Möglichkeit geschaffen werden kann, mittels der weniger in das Grundrecht eingreifenden Bedürfnisprüfung das Aufkommen des Schädlichen nach Prüfung des Einzelfalles zu verhindern. Zwar ist der Fall denkbar, daß die Verhältnisse dazu zwingen, von dem Mittel der Bedürfnisprüfung in einem solchen Maße Gebrauch zu machen, daß diese praktisch einem vollkommenen Verbot gleich-

-
- (1) vgl. ferner BVerfGE Band 7, S. 377 ff (405, 408, 409).
(2) Nicht gefolgt werden kann der Ansicht von Wilhelm Reuß, Der "numerus clausus" im Gewerberecht für freie Berufe, NJW 1951, S. 777 ff (778), der den Schaden, den die Allgemeinheit ohne den Eingriff in das Recht des einzelnen erleiden würde, gegenüberstellt dem Schaden, den die Allgemeinheit durch die Beschränkung eines verfassungsmäßigen Freiheitsrechts erleiden würde.
(3) vgl. hierzu Huber, DÖV 1956, S. 205 ff.

käme, dieses Ergebnis ist jedoch dann trotzdem an der Einzelentscheidung orientiert und beruht nicht auf einer vom Einzelfall unabhängigen Globalentscheidung.

Aus dem gleichen Grunde würde sich die gesetzliche Einführung eines "Numerus clausus" verbieten. Unter Numerus clausus versteht man "die zahlenmäßige Begrenzung Berufsausübender (Gewerbetreibender und freiberuflich Tätiger) in der Weise, daß durch Hoheitsakt eine Höchstzahl derer festgesetzt wird, die in einem bestimmten Gebiet einen bestimmten Beruf selbständig ausüben dürfen, und daß bei Erschöpfung der Zahl jeder weitere Zulassungsantrag allein aus dem Grunde der Höchstzahlüberschreitung abgelehnt wird" (1). Rechtlich qualifiziert sich der Numerus clausus zwar als ein besonderer Fall der Versagung einer Zulassung wegen mangelnden Bedürfnisses (2), er ist jedoch die primitivste Methode einer zahlenmäßigen Beschränkung, da er die in der Bedürfnisprüfung liegende Interessenabwägung nicht im einzelnen Falle und im Verhältnis des Einzelfalles zur Gesamtheit vornimmt, sondern rein zahlenmäßig - orientiert an der Gebietsgröße oder der Höhe der Bevölkerungszahl oder anderen Kriterien - gruppenweise Grenzwerte bestimmt und dem Einzelfall nicht Rechnung tragen kann.

Andererseits ist die Bedürfnisprüfung gem. § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG nur dann verfassungsmäßig, wenn nicht eine bloße Aufsicht in Verbindung mit den Zulassungsvoraussetzungen der persönlichen und fachlichen Eignung und der genügenden Kapitalausstattung als das weniger in das Grundrecht eingreifende Mittel den Erfolg in gleicher Weise herbeizuführen in der Lage ist. Ist das der Fall, so ist eine Zulassungsbeschränkung nicht das verhältnismäßige Mittel.

Den Grundsatz der Proportionalität enthalten die Leitsätze 6b und c des Apothekenurteils (3), wonach der Gesetzgeber diejenige Form des Eingriffs zu wählen hat, die das Grundrecht am wenigsten beschränkt. Dabei sind die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit des Mittels bei subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen verschieden groß. Während bei subjektiven Voraussetzungen das Mittel nicht außer Verhältnis stehen soll, müssen objektiven Zulassungsvoraussetzungen "nachweisbare oder höchstwahrscheinliche

(1) Reuß, NJW 1951, S. 777 ff (777).

(2) Reuß, ebenda; Ipsen, Das Verbot des Massengütertransports im Straßenverkehr, Rechtsgutachten zum Regierungsentwurf eines Straßenentlastungsgesetzes, Hamburg 1954, S. 31, spricht von "Bedürfniskontingentierung".

(3) vgl. BVerfGE Band 7, S. 377 ff; vgl. ferner S. 404-409.

schwere Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut" gegenüberstehen.

Mit der Herausarbeitung dieser Kriterien hat das Bundesverfassungsgericht nicht etwa grundsätzlich Neues geschaffen. Abgesehen davon, daß es in seiner Entscheidung vom 3.6.1954 (1) selbst von dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit des gesetzgeberischen Eingriffs ausgeht, waren diese Grundsätze in der Literatur schon früher vertreten (2), wenn auch die Ausführungen z. T. die Abgrenzungskriterien nicht im einzelnen abhandelten. Es ist jedoch das Verdienst des Bundesverfassungsgerichts, in Anwendung dieser Grundsätze die Einschränkungsmöglichkeiten des Grundrechts der Berufsfreiheit klar abgegrenzt und dargestellt zu haben.

II. Die spätere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Diese in den Leitsätzen des Apothekenurteils enthaltenen Grundsätze hat das Bundesverfassungsgericht in späteren Entscheidungen, zum Teil unter dem Druck des vorgelegten Sachverhalts, erläutert und modifiziert, leider nicht immer im Interesse einer weiteren Klärung der gegebenen Richtlinien.

1. Die Einschränkungen des gesetzgeberischen Ermessens auf der ersten Stufe

In der Kassenarzentscheidung vom 23.3.1960 (3) stellt das Bundesverfassungsgericht die Dreistufentheorie selbst in Frage und reduziert sie auf zwei Stufen, indem es auch im Bereich der bloßen Berufsausübung das "grundsätzliche Gebot der Differenzierung" wirksam werden läßt und gebietet, "die Notwendigkeit der Regelung zum Schutze der Allgemeinheit" gegenüber dem "Maß der Beschränkung für den einzelnen" abzuwägen (4). Die Versagung der Zulassung

(1) vgl. BVerfGE Band 3, S.383 ff (399).

(2) Huber, DÖV 1956, S.136, 205 f; Gerber, Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, Ein Rechtsgutachten, AöR Band 81, 1956, Heft 1, S.1 ff (46); Walter Hamel, Das Recht zur freien Berufswahl, DVBl. 1958, S.37 ff (43); Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft, S.17 f; Reuß, NJW 1951, S.777 ff; vgl. auch Bachof, in: Die Grundrechte, 2. Band, S.207 ff; Maunz-Dürig, Art.2 Anm.19.

(3) vgl. BVerfGE Band 11, S.30 ff (42/45).

(4) vgl. BVerfGE Band 11, S.30 ff (42).

als Kassenarzt, die zwar nur Berufsausübungsregelung sei, wegen ihrer Abhängigkeit von einer schematischen Verhältniszahl aber Ähnlichkeit mit der Bedürfnisprüfung habe, sei nur gerechtfertigt, wenn sie durch besonders wichtige Interessen der Allgemeinheit gefordert werde, die anders nicht geschützt werden können. Es komme darauf an, ob die Beschränkung der Berufsfreiheit auch zur Abwehr mit einiger Sicherheit voraussehbarer erheblicher Gefahren notwendig sei (1). Das Urteil verweist zur Klarstellung der für den Bereich der ersten Stufe maßgebenden Grundsätze ausdrücklich auf die Seiten 406 ff der Apothekenentscheidung (2), die die Ausführungen zur Güterabwägung bei Maßnahmen im Bereich der zweiten und dritten Stufe enthalten. Der Gesetzgeber wird damit, wie zunächst nur auf der zweiten und dritten Stufe, auch im Bereich der ersten Stufe dem strengen Grundsatz der Proportionalität unterworfen (3). Das bedeutet gegenüber dem Apothekenurteil und auch späteren darauf folgenden Entscheidungen im 9. und 10. Bande (4) eine ganz erhebliche Einschränkung des gesetzgeberischen Ermessens. Während der Gesetzgeber dort im Rahmen vernünftiger oder sachgerechter Erwägungen der Zweckmäßigkeit bis zur Wesensgehaltsgrenze des Art. 19 Abs. 2 GG frei war, wäre er jetzt innerhalb des bis zur Grenze des Art. 19 Abs. 2 GG zur Verfügung stehenden Gestaltungsbereiches zur Güterabwägung verpflichtet mit der Folge, daß die einzelne Maßnahme regelmäßig schon vor der Erreichung der Wesensgehaltsgrenze den Bereich des Verfassungsmäßigen verlassen würde. Darüber hinaus wird der gesetzgeberische Akt jetzt in jedem Falle, nicht nur hinsichtlich der Einhaltung der Wesensgehaltsgrenze, justiziabel.

Um so verwunderlicher ist es aber, wenn das Bundesverfassungsgericht in späteren Entscheidungen im 11. und 13. Bande (5) den Gesetzgeber im Bereich der ersten Stufe wiederum nur an vernünftige Erwägungen der Zweckmäßigkeit bindet und ihn nicht zur Güterabwägung verpflichtet, obwohl zwischen den beiden Formeln sachlich ein erheblicher Unterschied besteht. Im Rahmen ver-

(1) vgl. BVerfGE Band 11, S. 30 ff (44/45).

(2) vgl. BVerfGE Band 11, S. 30 ff (45).

(3) so auch BVerwGE Band 10, S. 91 ff (93/94).

(4) BVerfGE Band 9, S. 73 ff (79);

BVerfGE Band 9, S. 213 ff (221/222);

BVerfGE Band 10, S. 185 ff (197);

BVerfGE Band 10, S. 354 ff (362).

(5) BVerfGE Band 11, S. 234 ff (239);

BVerfGE Band 13, S. 181 ff (187).

nünftiger Zweckmäßigkeitserwägungen hat der Gesetzgeber nur die Geeignetheit der von ihm geplanten Maßnahme zu dem beabsichtigten Zweck und die Einhaltung der Grenzen des Art. 19 Abs. 2 GG zu beachten, nicht aber auch die zwingende Erforderlichkeit der Maßnahme im überragenden Interesse der Allgemeinheit zu prüfen. Die beiden vom Bundesverfassungsgericht gebrauchten Formeln decken sich daher inhaltlich nicht.

Das Gericht hat für diese unterschiedliche Argumentation im Bereich der ersten Stufe keine Erklärung gegeben. Auch sonst sind sachliche Gründe für diese Unterscheidung nicht ersichtlich. Da es für die Bedürfnisprüfung auf die Beschränkungsmöglichkeit im Bereich der ersten Stufe nicht ankommt, kann es hier dahinstehen, ob die Begründung des Bundesverfassungsgerichts zur Kassenarzt-Entscheidung zu billigen ist. Wenn das Bundesverfassungsgericht jedoch glaubte, den Ermessensbereich des Gesetzgebers im Bereich der ersten Stufe durch das Prinzip der Güterabwägung beschränken zu müssen - offenbar, um die von ihm als bloße Ausübungsregelung klassifizierte Kassenzulassung als verfassungswidrig deklarieren zu können (1) - dann hätte es diese Rechtsprechung beibehalten oder eine Begründung für die unterschiedlichen Entscheidungen im Bereich der ersten Stufe geben müssen. Die Grenzen des gesetzgeberischen Ermessens im Bereich der ersten Stufe können deshalb nicht mehr als klar entschieden angesehen werden. Auch wenn man berücksichtigt, daß das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, die Zulassungsregelung des § 368b RVO - als bloße Berufsausübungsregelung - komme einer Regelung der Zulassung zum Beruf und damit einer Regelung der Berufswahl nahe (2), so wendet das Gericht das Prinzip der Güterabwägung doch im Bereich der ersten Stufe an.

2. Die Änderung der Mittel-Zweck-Relation auf der zweiten und dritten Stufe

Das Bundesverfassungsgericht hat darüber hinaus die in Leitsatz 6b des Apothekenurteils klar fixierten Grenzen für die Güterabwägung, die Freiheit der Berufswahl dürfe nur eingeschränkt werden, soweit der "Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordere", in späteren Entschei-

(1) vgl. BVerfGE Band 11, S. 30 ff (40 ff).

(2) vgl. BVerfGE Band 11, S. 30 ff (44/45);

vgl. auch die Entscheidung über die Zulassung der Zahnärzte, BVerfGE Band 12, S. 144 ff (147/148) sowie ferner die Entscheidung zur Schank-erlaubnissteuer, BVerfGE Band 13, S. 181 ff (186/187).

dungen in Frage gestellt. Wenn das Gericht nicht mehr auf "besonders wichtige" Gemeinschaftsgüter abstellt, sondern "wichtige Gemeinschaftsgüter" oder "wichtige Gründe des Gemeinwohls" (1) genügen läßt, und wenn der Schutz dieser Gemeinschaftsgüter den Eingriff in die Freiheit des einzelnen nicht mehr "zwingend erfordern" muß, sondern diesen nur zu "rechtfertigen", zu "gebieten" oder zu "fordern", oder wenn der Eingriff nur "notwendig" zu sein braucht (2), so ist die Bewertung der gegenseitig abzuwägenden Interessen nicht mehr die gleiche. Wenn das Gericht darüber hinaus ausführt, das Grundrecht der Berufsfreiheit habe zum Inhalt, daß dem einzelnen bei der Wahl seines Berufes "soviel Freiheit bleiben müsse, wie mit den schutzwürdigen (3) Interessen der Gemeinschaft nur irgend verträglich" (4) ist (5), so ist die ursprüngliche Relation endgültig aufgegeben.

Eine ähnliche Entwicklung ist auch in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts festzustellen. Das Gericht stellt zwar auf ein "überragendes" bzw. "besonders wichtiges Gemeinschaftsgut" ab (6) - obwohl es formuliert, daß die Maßnahme zur "Sicherung" von "Nachteilen" nicht außer Verhältnis stehen dürfe (7) -, es läßt aber sowohl bei subjektiven als auch bei objektiven Zulassungsvoraussetzungen wiederholt genügen, wenn die gesetzgeberische Maßnahme zur Erhaltung des "überragenden Gemeinschaftsgutes" "erforderlich" (8), "geboten" (9), "notwendig" (10) oder "gerechtfertigt" (11) ist, ohne auf das "zwingend" oder "unabdingbar" Gebotensein der freiheitsbeschränkenden Maßnahme abzustellen.

-
- (1) vgl. BVerfGE Band 11, S.168 ff (190); Band 12, S.144 ff (148, 150); Band 13, S.97 ff (Leitsatz 2, S.1: "Auch subjektive Zulassungsvoraussetzungen sind nur zum Schutze wichtiger Gemeinschaftsgüter gerechtfertigt"; S.107, 113, 116).
 - (2) vgl. BVerfGE Band 11, S.30 ff (45); Band 12, S.144 ff (148, 150); Band 13, S.97 ff (113).
 - (3) Sperrung vom Verfasser.
 - (4) Sperrung vom Verfasser.
 - (5) vgl. BVerfGE Band 13, S.97 ff (113).
 - (6) vgl. BVerwGE Band 7, S.287 ff (288), S.344 ff (347); Band 8, S.14 ff (15); Band 10, S.136 ff (139).
 - (7) vgl. BVerwGE Band 7, S.344 ff (352).
 - (8) vgl. BVerwGE Band 8, S.1 ff (15).
 - (9) vgl. BVerwGE Band 7, S.344 ff (351).
 - (10) vgl. BVerwGE Band 8, S.14 ff (16).
 - (11) vgl. BVerwGE Band 7, S.287 ff (288 oben).

Die neuen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes werfen die Frage auf, ob das Gericht seine ursprüngliche Auffassung zur Güterabwägung für den Bereich der zweiten und dritten Stufe nicht grundsätzlich aufgegeben und insoweit eine neue Rechtsprechung eingeleitet hat. Die Frage ist im Hinblick auf die Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung gem. § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG als Zulassungsvoraussetzung auf der dritten Stufe von erheblichem Interesse. Die von dem Gericht in den genannten Entscheidungen gebrauchten Formulierungen würden eine solche Annahme durchaus zulassen. Das Gericht stellt letztmals in der auf das Apothekenurteil nächstfolgenden Entscheidung zum Milch-Gesetz (1) streng und ausschließlich darauf ab, ob der Eingriff zur Erhaltung eines "überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes" (2) "zwingend geboten"(3) ist.

Die Ausführungen in den späteren Entscheidungen sind eindeutig, insbesondere in Leitsatz 2 der Entscheidung zur Handwerksordnung (4) läßt das Gericht entgegen dem Leitsatz 6b des Apothekenurteils (5) für subjektive Zulassungsvoraussetzungen die bloße Rechtfertigung durch wichtige Gemeinschaftsgüter als verfassungsmäßig genügen. Auch in Band 12, Seite 150, führt es aus, daß nach allem nicht ersichtlich sei, "daß wichtige Gründe des Gemeinwohls es rechtfertigen würden, die Berufsfreiheit der Zahnärzte zu beschränken", ohne darüber hinaus zu prüfen, ob nicht besonders wichtige (überragende) Gründe des Gemeinwohls den Grundrechtseingriff dennoch verfassungsmäßig erscheinen lassen. Schließlich ist die Formulierung in den Gründen der Entscheidung zur Handwerksordnung (6) eindeutig, wonach die persönliche Freiheit in dem Umfang eingeschränkt werden kann, der mit den "schutzwürdigen Interessen der Gemeinschaft" noch "irgend verträglich" ist.

Trotz dieser eindeutigen Aussagen im einzelnen erscheint die Schlußfolgerung, das Gericht habe die ursprüngliche für die Güterabwägung maßgebende Relation aufgegeben, nicht gerechtfertigt. Einmal nimmt das Bundesverfassungsgericht in seinen späteren Entscheidungen immer wieder auf das grund-

(1) vgl. BVerfGE Band 9, S.39 ff.

(2) vgl. ebenda, S.51.

(3) vgl. ebenda, S.57.

(4) vgl. BVerfGE Band 13, S.97 ff.

(5) vgl. BVerfGE Band 7, S.377 ff.

(6) vgl. BVerfGE Band 13, S.97 ff (113).

legende Urteil zum Bayrischen Apothekengesetz Bezug (1) und versucht jede Veränderung als im Einklang mit der Grundentscheidung darzustellen. Auch das Bundesverwaltungsgericht verweist immer wieder auf die grundlegende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes (2). Zum anderen läßt das Bundesverfassungsgericht eine Begründung für diese Abweichung von den Leitsätzen des Apothekenurteils vermissen. Schließlich hat sich das Bundesverfassungsgericht auch in der grundlegenden Apotheken-Entscheidung nicht streng an die Formel des Leitsatzes 6 b gehalten, sondern bei den Erwägungen zur Frage der Verhältnismäßigkeit darauf abgestellt, ob die Volksgesundheit ein "wichtiges Gemeinschaftsgut" sei, "dessen Schutz Einschränkungen der Freiheit im einzelnen zu rechtfertigen vermag" (3).

Der Grund für die Diskrepanz in der Begründung der einzelnen Entscheidungen dürfte deshalb nicht auf dem Gebiete des Sachlichen liegen, sondern vielmehr in einer nicht streng am Wortlaut der Leitsätze des Apothekenurteils orientierten Diktion des Gerichts. Diese Auffassung wird dadurch bekräftigt, daß das Gericht beispielsweise in ein und demselben Absatz der Entscheidung zur Handwerksordnung (4) ausführt, daß einerseits der Gesetzgeber mit Recht "in der Erhaltung und Pflege eines hohen Leistungsstandes des Handwerks ein besonders wichtiges (5) Gemeinschaftsgut erblicken" durfte, daß andererseits dem einzelnen aber "bei der Wahl seines Berufes so viel Freiheit bleiben" müsse, "wie mit den schutzwürdigen (6) Interessen der Gemeinschaft nur irgend verträglich (7) ist" und daß schließlich der einzelne "Einschränkungen der freien Berufswahl" nur hinzunehmen brauche, "wenn und soweit sie der Schutz wichtiger (8) Gemeinschaftsinteressen erfordere (9) (10).

-
- (1) vgl. z.B. BVerfG Band 11, S.30 ff (Leitsatz 2 und S.45) sowie die Verweisungen in Band 9, S.338 ff (Leitsatz 3, S.344/345); Band 11, S.168 ff (183); Band 12, S.144 ff (148, 150) durch Verweisung auf die Entscheidung Band 11, S.30 ff (45)); Band 13, S.97 ff (104, 106, 115).
 - (2) vgl. BVerwGE Band 7, S.287 ff (287), Band 7, S.344 ff (345); Band 8, S.15 ff (16).
 - (3) vgl. BVerfGE Band 7, S.377 ff (414).
 - (4) vgl. BVerfGE Band 13, S.97 ff. (117).
 - (5) Sperrung vom Verfasser.
 - (6) Sperrung vom Verfasser.
 - (7) Sperrung vom Verfasser.
 - (8) Sperrung vom Verfasser.
 - (9) Sperrung vom Verfasser.
 - (10) vgl. auch die unterschiedlichen Formulierungen in BVerfGE Band 11, S.168 ff (183, 185, 187, 188, 190, 191).

Daß solche Ausführungen in den Entscheidungsgründen einer klaren Darstellung der maßgeblichen Kriterien abträglich sind, dürfte nicht in Zweifel gezogen werden. Insofern sind diese Formulierungen des Gerichts zu bedauern, denn im Einzelfalle - will man nicht jede Möglichkeit eines graduellen Wertunterschiedes leugnen - kommt es sehr wohl darauf an, ob ein Grundrechtseingriff zum Schutze eines "überragenden", "besonders wichtigen" Gemeinschaftsgutes "zwingend" oder "unabdingbar" geboten sein muß oder ob es bereits genügt, daß ein wichtiges oder schutzwürdiges Gemeinschaftsgut diesen Eingriff nur zu erfordern oder zu rechtfertigen (1) oder ob der Eingriff überhaupt nur mit schutzwürdigen Interessen irgend verträglich zu sein braucht (2).

Aus den dargelegten Gründen dürfte es jedoch verfehlt sein, weitergehende Schlüsse zu ziehen. Außerdem hat das Bundesverfassungsgericht bisher in den Entscheidungen über die Zulässigkeit einer Maßnahme im Bereich der hier allein maßgebenden dritten Stufe an den strengen Grundsätzen der Apotheken-Entscheidung festgehalten (3).

Richtigerweise wird unter Anerkennung der vom Bundesverfassungsgericht in der Apotheken-Entscheidung entwickelten Grundsätze von der zwingenden, unabdingbaren Erforderlichkeit eines Grundrechtseingriffs im Interesse eines überragenden oder besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes auszugehen sein. Eine Begründung für diese strenge Formel zu geben, ist schwierig. Sie beruht letztlich auf der Bewertung der menschlichen Persönlichkeit und der persönlichen Freiheit bzw. den dieser durch das Grundgesetz gezogenen Gemeinschaftsbindungen schlechthin und entzieht sich vorgegebenen vergleichbaren Maßstäben. Die Vermutung für die persönliche Freiheit, von der das Grundgesetz ausgeht, gebietet jedoch eine Freiheitsgewährung in weitestgehendem Umfange und verbietet Maßnahmen gegenüber dem einzelnen, die nicht wirklich durch überragende Gemeinschaftsinteressen, ohne deren Wahrung - um mit dem Bundesverwaltungsgericht zu sprechen (4) - jedes geordnete Staatsleben unmöglich ist, zwingend geboten.

-
- (1) wobei auch zwischen "gerechtfertigt" und "erforderlich" ebenfalls graduelle Unterschiede bestehen, denn ob eine Maßnahme tatsächlich gefordert wird oder ob sie nur gerechtfertigt zu sein braucht, ist nicht dasselbe.
 - (2) vgl. BVerfGE Band 13, S. 97 ff (113).
 - (3) vgl. BVerfGE Band 9, S. 39 ff (51) zu § 14 Abs. 5 Nr. 6 Milchgesetz; Band 11, S. 168 ff (183) zu § 9 PBefG.
 - (4) vgl. BVerwGE Band 1, S. 48 ff (51).

3. Die Zumutbarkeit als Kriterium der Verfassungsmäßigkeit des Grundrechtseingriffs

In der Entscheidung zum Hebammengesetz (1) führt das Gericht aus, die Zulassungsvoraussetzungen dürften "nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit stehen" und (2) "nicht etwa in sich" (3) schon eine verfassungswidrige, weil übermäßige, nicht mehr zumutbare Belastung" darstellen. In der Entscheidung zur Handwerksordnung (4) hält es neben der Prüfung nach der Eignung und Verhältnismäßigkeit des Mittel die weitere Prüfung für erforderlich, "ob diese Zulassungsvoraussetzung auch für sich betrachtet (5) den betroffenen Einzelnen nicht übermäßig und unzumutbar beschränkt". Das Gericht stellt damit neben der Interessenabwägung auf die Zumutbarkeit und das Übermaß der Belastung für den Betroffenen ab und schafft damit ein neues Abgrenzungsmerkmal, das weder methodisch noch wertungsmäßig in das in der Apotheken-Entscheidung gegebene Schema paßt.

Diese Formulierung des Bundesverfassungsgerichts, die das Bundesverwaltungsgericht bisher noch nicht übernommen hat, ist sehr ernst zu nehmen. Kommt dieser Abgrenzung nach dem Übermaß und der Unzumutbarkeit der durch den Eingriff herbeigeführten Beschwer für den Grundrechtsträger selbständige Bedeutung zu, so ist in Zukunft nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zweispurig zu verfahren und die Verfassungsmäßigkeit sowohl nach den Grundsätzen der Subsidiarität und Proportionalität als auch - unabhängig von der Bedeutung und der Dringlichkeit der Allgemeininteressen - danach zu prüfen, ob der Grundrechtseingriff als solcher für den einzelnen eine übermäßige und unzumutbare Belastung darstellt. Eine nach den Grundsätzen der Güterabwägung verfassungsmäßige Maßnahme könnte dann auch als übermäßige und unzumutbare Belastung dennoch verfassungswidrig sein.

Daß dieser Grundsatz - abgesehen von der Hebammen-Entscheidung (6) - zur Ausnahmegewilligung gem. §§ 7 Abs.2, 8 Handwerksordnung entwickelt wor-

(1) Band 9, S.338 ff (345/346).

(2) Sperrung vom Verfasser.

(3) Sperrung vom Verfasser.

(4) Band 13, S.97 ff (Leitsatz 4, S.113).

(5) Sperrung vom Verfasser.

(6) vgl. BVerfGE Band 9, S.338 ff (345/346).

den ist (1), steht der grundsätzlichen Bedeutung dieses Satzes nicht entgegen. Es ist anerkannten Rechts, daß die Erteilung der Ausnahmegewilligung nicht im Ermessen der Verwaltungsbehörde steht, sondern daß der einzelne Bewerber bei Vorliegen der durch unbestimmte Rechtsbegriffe umschriebenen Voraussetzungen einen letztlich auf Art.12 GG beruhenden Rechtsanspruch auf Erteilung der Ausnahmegewilligung hat (2). Wenn das Bundesverfassungsgericht daher die Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahmegewilligung verbindlich formuliert, so legt es damit gleichzeitig die dem Grundrecht des Art.12 GG für die Erteilung von Verfassungen wegen gezogenen Grenzen fest. Diese aber hat es damit umschrieben, ob die Versagung der Ausnahmegewilligung den Antragsteller übermäßig und unzumutbar belastet.

Das Gericht hat allerdings schon in dem Apothekenurteil (3) den Gesichtspunkt des Übermaßes und der Unzumutbarkeit der Belastung verwertet. Es führt dort aus (4), der Grundrechtsschutz auf der ersten Stufe beschränke sich "insoweit auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil etwa übermäßig belastender und nicht zumutbarer gesetzlicher Auflagen". Dieser Satz ist, soweit ersichtlich, in den Besprechungen des Urteils nicht beachtet worden, obwohl er sich als Kriterium der Freiheitsbegrenzung auf der ersten Stufe als Kuriosum ausnimmt, denn seine Aussage geht über den Bereich der ersten Stufe hinaus. Der Gesetzgeber ist nicht nur da, sondern immer auf die "Abwehr in sich verfassungswidriger" Auflagen beschränkt. Als Kriterium zur Abgrenzung des zulässigen Eingriffs auf der ersten Stufe gegenüber Eingriffen auf der zweiten und dritten Stufe ist dieser Satz deshalb nicht brauchbar.

In Erkenntnis der grundsätzlichen Bedeutung dieses Satzes hat das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Hebammengesetz dann auch ausgesprochen, daß er auch für subjektive Zulassungsvoraussetzungen Geltung habe (5) und hat die Zulässigkeit der Altersgrenze nach der "grundrechtlich gebotenen Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit" entschieden (6). Damit hat

(1) vgl. BVerfGE Band 13, S.97 ff (Leitsatz 4 und S.120 ff).

(2) vgl. Heinz Steffens, Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) vom 17.9.1953, Kommentar 1956, in: Aschendorffs Juristische Handbücherei, 50.Band, § 8 Anm.IV mit weiteren Zitaten; BVerwGE Band 8, S.287 ff (Leitsatz 2, S.290).

(3) vgl. Band 7, S.377 ff, Leitsatz 6 a, S.406; vgl. auch die Formulierung BVerfGE Band 10, S.56 ff (59).

(4) vgl. BVerfGE Band 7, S.377 ff (Leitsatz 6 a, S.406).

(5) vgl. BVerfGE Band 9, S.338 ff (345).

(6) vgl. BVerfGE Band 9, S.338 ff (346).

es aber den Gesichtspunkt der übermäßigen und unzumutbaren Belastung in dem Bereich wirksam werden lassen, in welchem nach dem Apothekenurteil allein das Prinzip der Güterabwägung maßgebend sein sollte, und hat damit die ausgewogenen Abgrenzungsmaßstäbe des Apothekenurteils in Frage gestellt. Es läßt nunmehr den Gesichtspunkt der übermäßigen und unzumutbaren Belastung auch auf der zweiten und - in konsequenter Fortführung - auch auf der dritten Stufe maßgebend werden. Insoweit ist diese Änderung der Rechtsprechung hier von Bedeutung: Kann der Gesichtspunkt der übermäßigen und unzumutbaren Belastung die Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung zugunsten der Freiheit des einzelnen korrigieren?

Daß das Bundesverfassungsgericht in den genannten Entscheidungen tatsächlich auf das Übermaß und die Zumutbarkeit der Belastung abstellt, kann in Anbetracht der insoweit eindeutigen Formulierungen nicht in Frage gestellt und auch nicht mit dem Hinweis auf eine Ungenauigkeit und Großzügigkeit in der Diktion abgetan werden (1). Methodisch ist von Interesse, gleichgültig auf welcher Stufe mit der Zumutbarkeit des Eingriffs maßgeblich argumentiert wird, ob das Übermaß und die Zumutbarkeit der Belastung als zusätzliche Voraussetzungen der Verfassungsmäßigkeit neben das Prinzip der Güterabwägung treten, oder ob beide Prinzipien gegenseitig auswechselbar sind in dem Sinne, daß die übermäßige und unzumutbare Beschwer lediglich eine anders formulierte Umschreibung der schon in der Apotheken-Entscheidung entwickelten Grundsätze zur Güterabwägung ist. Gegen Letzteres spricht die sachliche Verschiedenheit der beiden Prinzipien.

Während nach dem Prinzip der Güterabwägung die Interessen der Allgemeinheit als Gegengewicht gegenüber der Freiheit des einzelnen zu berücksichtigen sind, wird bei der Entscheidung nach dem Übermaß und der Unzumutbarkeit der Belastung lediglich auf die Auswirkungen der gesetzgeberischen Maßnahme im Bereich des Grundrechtsträgers abgestellt ohne Rücksicht auf bestehende Gemeinwohlforderungen. Die Entscheidung nach dem Übermaß und der Zumutbarkeit der Belastung stellt deshalb gegenüber der Güterabwägung ein wesensmäßig anderes Prinzip der Freiheitsbegrenzung dar: Anstelle der Ermittlung des noch zulässigen Mittels durch gegenseitige Abwägung zweier widerstreitender Interessen tritt die einseitige Entscheidung nach dem Maß der Beeinträchtigung des Zulassungsantragstellers. Das Verbot des Übermaßes ist

(1) vgl. die Entscheidung zur Handwerksordnung, Band 13, S. 97 ff (Leitsatz 4, S. 113); vgl. ferner die Hebammen-Entscheidung, Band 9, S. 338 ff (S. 345/346).

auch nicht gleichzusetzen mit dem Gebot zur Angemessenheit der Maßnahme. Dieser Schluß läge zwar nahe, da das, was nicht übermäßig ist, regelmäßig als angemessen anzusehen sein wird. Das Bundesverfassungsgericht stellt aber entscheidend auf das Übermaß der Belastung im Bereich des Grundrechtsträger und nicht - entsprechend dem Prinzip der Güterabwägung - auf die Übermäßigkeit, d.h. auf die Unangemessenheit des Mittels ab, gemessen an der Einwirkung auf den einzelnen Bürger einerseits und an dem erstrebten Zweck im Interesse der Allgemeinheit andererseits.

Die Abgrenzung des Freiheitsrechts nach dem Prinzip der Güterabwägung kann daher der Abgrenzung nach der Zumutbarkeit des Grundrechtseingriffs nicht gleichgestellt werden.

Die Formulierungen in den Entscheidungen sprechen auch dafür, daß die Zumutbarkeit als zusätzliche Voraussetzung der Verfassungsmäßigkeit neben das Prinzip der Güterabwägung treten soll. Das Gericht führt in der Entscheidung zum Hebammengesetz (1) aus, die subjektive Zulassungsvoraussetzung dürfe "nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit stehen und (2) nicht etwa in sich schon eine verfassungswidrige, weil übermäßige, nicht mehr zumutbare Belastung" enthalten, und stellt schließlich fest, daß der Eingriff in das Grundrecht "nicht die Grenzen der grundrechtlich gebotenen Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit" überschreite (3). Zum anderen heißt es in der Entscheidung zur Handwerksordnung (4), daß "schließlich" - d.h. neben der Notwendigkeit des Eingriffs und der Geeignetheit des Mittels - zu prüfen sei, "ob die Zulassungsvoraussetzung, auch für sich betrachtet, den betroffenen Einzelnen nicht übermäßig und unzumutbar beschwere". Hier tritt die Prüfung des Übermaßes und der Unzumutbarkeit der Beschwer ebenfalls neben die Güterabwägung.

Diese Feststellungen zieht das Gericht allerdings selbst zugunsten einer Austauschbarkeit der beiden Prinzipien wieder in Zweifel, indem es in der Entscheidung zur Handwerksordnung (5) bei der Prüfung der Zulässigkeit der Ausnahmebewilligung gem. §§ 7 Abs. 2, 8 Handwerksordnung allein darauf ab-

(1) vgl. BVerfGE Band 9, S. 338 ff (345).

(2) Sperrung vom Verfasser.

(3) vgl. BVerfGE Band 9, S. 338 ff (346).

(4) vgl. BVerfGE Band 13, S. 97 ff (113).

(5) vgl. BVerfGE Band 13, S. 97 ff (Leitsatz 4 und S. 120 ff).

stellt, ob die Verweisung auf die Meisterprüfung eine übermäßige, nicht zumutbare Belastung darstelle, ohne darüber hinaus eine Güterabwägung vorzunehmen. Auch in der Kassenarztsentscheidung (1) führt das Gericht aus, die Beschränkung der Berufsfreiheit sei dann übermäßig, wenn sie zur Abwehr mit einiger Sicherheit voraussehbarer erheblicher Gefahren nicht notwendig sei (2). Das würde dafür sprechen, die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit nach dem Übermaß und der Unzumutbarkeit der Belastung könne unter Ersetzung der Güterabwägung an deren Stelle treten.

Die Frage, wie das Bundesverfassungsgericht den Gesichtspunkt der übermäßigen und unzumutbaren Beschwer methodisch in die von ihm entwickelte Dreistufentheorie einreihen will, kann daher anhand der bisher getroffenen Entscheidungen nicht eindeutig beantwortet werden. Es liegt nahe, daß das Gericht nach den Formulierungen in den Entscheidungen zum Hebammengesetz (3) und zur Handwerksordnung (4) den Gesichtspunkt der übermäßigen und unzumutbaren Belastung als zusätzliches Kriterium zur Abgrenzung des verfassungsmäßigen Eingriff neben dem Prinzip der Güterabwägung anerkennen will. Die Anerkennung als neues, die Güterabwägung gleichwertig ersetzendes Prinzip hätte einer deutlicheren Aussage des Gerichtes bedurft.

4. Zusammenfassung

Die vom Bundesverfassungsgericht in dem Apothekenurteil ausgesprochenen Grundsätze können auf Grund seiner späteren Rechtsprechung zwar nicht dahin ergänzt werden, daß das Prinzip der Güterabwägung auch für die erste Stufe gelte, weil das Gericht in seinen auf die Kassenarztsentscheidung folgenden Entscheidungen wieder nur auf vernünftige Erwägungen der Zweckmäßigkeit abgestellt hat. Auch ist weiterhin für den Bereich der zweiten und dritten Stufe an den strengen Grundsätzen der Apotheken-Entscheidung zur Verhältnismäßigkeit festzuhalten. Mit Vorsicht können die Leitsätze des Gerichts aber dahin ergänzt werden, daß jeder Grundrechtseingriff für sich den Grundrechtsträger nicht übermäßig und unzumutbar belasten darf. Für die Bedürfnisprüfung ergibt sich daraus die Notwendigkeit, die Zulässigkeit sowohl dahin zu prüfen, ob sie im Interesse eines besonders wichtigen, überragenden Gemeinschafts-

(1) vgl. BVerfGE Band 11, S. 30 ff (45).

(2) vgl. auch die Formulierung BVerfGE Band 13, S. 118 Ziff. 5.

(3) vgl. BVerfGE Band 9, S. 338 ff (345).

(4) vgl. BVerfGE Band 13, S. 97 ff (Leitsatz 4 und Seite 120 ff).

gutes zwingend geboten ist, als auch dahin, ob sie nicht wegen übermäßiger und unzumutbarer Belastung des Grundrechtsträgers im Bereich des Verfassungswidrigen bleibt. Dabei ist die letztere Prüfung nur erforderlich, wenn die Verfassungsmäßigkeit nach dem Prinzip der Güterabwägung zu bejahen ist.

5. Kapitel

DIE MATERIELLEN VERFASSUNGSGRUNDSÄTZE FÜR DIE GÜTERABWÄGUNG NACH DER DREISTUFENTHEORIE

I. Die Frage nach den materiellen Verfassungsgrundsätzen

Das Bundesverfassungsgericht hat mit der Dreistufentheorie die Behandlung freiheitsbeschränkender Akte des Gesetzgebers zumindest für Art.12 Abs.1 GG methodisch festgelegt und damit den Weg gewiesen, wie die Grenze des noch zulässigen Grundrechtseingriffs zu ermitteln ist. Im Mittelpunkt steht - abgesehen von der Frage der Zumutbarkeit als Abgrenzungsmerkmal - das Prinzip der Güterabwägung. Das Bundesverfassungsgericht nennt die besonders wichtigen (überragenden) Gemeinschaftsgüter und das Gemeinwohl, die gegenüber dem Freiheitsrecht des einzelnen abzuwägen sind, und fordert vom Gesetzgeber, die Bedeutung der Grundrechte in der sozialen Ordnung zum Ausgangspunkt seiner Regelung zu nehmen (1). Den Begriff "regeln" in Art.12 Abs.1 Satz 2 GG legt es dahin aus, "daß eher an eine nähere Bestimmung (2) der Grenzen von innen her (3), d.h. der im Wesen des Grundrechts angelegten Grenzen gedacht ist als an Beschränkungen, durch die der Gesetzgeber über den sachlichen Gehalt des Grundrechts selbst verfügen" und den "aus rationaler Sinnerschließung sich ergebenden Geltungsbereich von außen her einengen würde" (4). Das Gericht bleibt aber letztlich die Aussage darüber schul-

(1) vgl. z.B. BVerfGE Band 7, S.377 ff (404, 409).

(2) Sperrung vom Verfasser.

(3) Sperrung vom Verfasser.

(4) vgl. BVerfGE Band 7, S.377 ff (404); vgl. auch BVerfGE Band 13, S.97 ff (104): Die Grenzen der Regelungsbefugnis "hat das Apothekenurteil dem Sinne des Grundrechts selbst entnommen". So grundsätzlich auch Ulrich Scheuner, Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung, DÖV 1956, S.65 ff (69 linke Spalte): "Art.12 GG hat selbständiges Gepräge und kann in sich selbständig ausgelegt werden."

dig, welche materiellen Werte im einzelnen gegeneinander abzuwägen sind, wo deren Ursprung liegt und wie sie aus der Verfassung zu begründen sind. Desgleichen ist die Frage offen, ob der Gesetzgeber bei der Interessenabwägung auf die Abwehr grundrechtsfeindlicher Angriffe gegen das überragend wichtiges Gemeinschaftsgut beschränkt sein soll, oder ob und inwieweit er darüber hinaus auch zur vorbeugenden Planung und Lenkung aufgerufen und verpflichtet ist, ohne einen konkreten Grundrechtseingriff abwarten oder eine Wiederholungsgefahr feststellen zu müssen. Zu dieser Fragestellung besteht Anlaß, da das Bundesverfassungsgericht in dem Apothekenurteil wiederholt und für alle drei Stufen nur auf den Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr und den Schutz der Gemeinschaftsgüter abstellt (1). Der Umfang der zulässigen Berücksichtigung allgemeiner Interessen ist aber ein anderer, je nachdem, ob nur akute Gefahren für die Allgemeinheit berücksichtigt werden dürfen, oder ob schon ein soziales Gestaltungsbedürfnis des Staates einen Eingriff in das Grundrecht zu rechtfertigen vermag. Dabei könnte die Äußerung des Gerichts, die "nähere Bestimmung der Grenzen" des Grundrechts solle "durch rationelle Sinnerschließung des Geltungsbereichs von innen her erfolgen" (2), zu der Auffassung verleiten, das Bundesverfassungsgericht wolle die Grenzen der Berufsfreiheit allein aus dem Wortlaut des Art. 12 GG gewinnen. Das kann jedoch nur im Ausgangspunkt richtig sein. Sinn und Bedeutung einer Verfassungsnorm dürfen nicht isoliert, sondern nur unter Einbeziehung des gesamten Verfassungswerkes und der darin enthaltenen Grundentscheidungen und Richtlinien ermittelt werden (3). Das gilt hier insbesondere auch bei Ermittlung der Grenzen des Freiheitsrechtes durch Abwägung der Einzelinteressen gegenüber den Interessen der Allgemeinheit, die "gleichermaßen legitim" sind (4). Auch die Bedeutung des Grundrechts "im sozialen Leben" (5) läßt sich nicht allein aus dem Grundrecht, sondern nur unter Berücksichtigung der in der Verfassung getroffenen Bewertung der sozialen Belange ermitteln.

Es gilt daher, die für die Auslegung des Art. 12 GG maßgebenden Grundsätze und Wertungen der Verfassung festzustellen. Dabei ist das Auffinden sicherer Kriterien für die Abgrenzung der Einzelfreiheit nicht so sehr im Bereich der

(1) vgl. BVerfGE Band 7, S. 377 ff (Leitsatz 6 und die Ausführungen auf Seite 404, 406 - 408).

(2) vgl. BVerfGE Band 7, Seite 377 ff (404).

(3) so auch Scheuner, DÖV 1956, S. 65 ff (69 linke Spalte).

(4) vgl. BVerfGE Band 7, S. 377 ff (405).

(5) vgl. BVerfGE Band 7, S. 377 ff (404, 409).

ersten und zweiten Stufe, sondern vielmehr insbesondere im Bereich der dritten Stufe erforderlich, die hier für die Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung maßgebend ist.

II. Die Sozialstaatsentscheidung des GG

Als materielles Verfassungsprinzip, das für die Auslegung des Grundrechts des Art.12 Abs.1 GG und der Grundrechte überhaupt sowie für die Bestimmung der Grenzen der Gemeinschaftsbindungen maßgebend sein kann, kommt einmal das Sozialstaatsprinzip in Betracht, wie es in Art.20 Abs.1 und 28 Abs.1 GG Ausdruck gefunden hat.

1. Das Sozialstaatsprinzip als objektiver Verfassungsgrundsatz

Daß das Sozialstaatsprinzip ein unser ganzes Staatsleben grundsätzlich und unmittelbar gestaltender qualifizierter Verfassungsgrundsatz ist, der rechtssatzmäßig und rechtsbegrifflich in der Verfassung Niederschlag gefunden hat und nicht nur ein "substanzloser Blankettbegriff" (1), dem es an unmittelbar verfassungsrechtlicher Wirksamkeit fehlt, ist allgemein anerkannt (2). Die nur

-
- (1) Wilhelm Grewe, Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes, DRZ 1949, S.349 ff (351).
- (2) vgl. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, Veröff.d. VDStRL, Heft 12, S.37 ff (S. 38/39, 43); Dürig, JZ 1953, S.193 ff; Erich Fechner, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, in: Recht und Staat, Heft 17, Tübingen 1953, S.4, 9; Gerber, Sozialstaatsklausel, AöR Band 81, S.3 mit ausführlicher Literatur, S.27, 53; Hamann, Kommentar, Anm.B3 zu Art.20 GG, S.207, der die Sozialstaatserklärung ihrem Wesen nach sogar als "überpositives vorstaatliches Recht" ansieht; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S.663; derselbe, DÖV 1956, S.200; Ipsen, Enteignung und Sozialisierung, Veröff.d. VDStRL, Heft 10, 1952, S.74 ff; von Mangoldt-Klein, Bonner GG, 2. Aufl., Anm.VII 2 b zu Art.20, S.605/606, entgegen der zurückhaltenden Stellungnahme in Mangoldt, Bonner GG, 1. Aufl., 1953, Anm.2b zu Art.20 GG, S.134; Maunz, Staatsrecht, 11. Aufl., 1962, S.61/63; Rittner, Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, WuW Heft 4, Düsseldorf 1957, S.66 f; Scheuner, Deutsches Handwerksblatt 1955, S.362, Spalte 3 oben; - zurückhaltend Wernicke in Bonner Kommentar, Anm. II 1 d zu Art.20; anderer Ansicht Ernst Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, Veröff.d.

adjektivische Satzfügung steht dem nicht entgegen. Ebenso wenig wie die Aktualität der Grundrechte heute in Frage gestellt wird, so verbietet es sich, einen außerhalb des Grundrechtsteils stehenden Satz, der gegenüber dem Verfassungsgesetzgeber gesichert ist (Art. 79 Abs. 3 GG), in den Bereich des Unverbindlichen zu schieben (1). Das Sozialstaatsprinzip enthält nicht nur die Ermächtigung für die gesetzgebende, vollziehende und rechtsprechende Gewalt, soziale Gesichtspunkte zu berücksichtigen, sondern stellt als Verfassungsgrundsatz zugleich einen verpflichtenden Rechtssatz dar, der alle Organe des Bundes und der Länder, aber auch den einzelnen Rechtsgenossen selbst unmittelbar bindet. Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung wird durch die Sozialstaatsklausel die Verpflichtung auferlegt, bei allen Maßnahmen den Maßstab sozialer Gerechtigkeit zu beachten (2).

2. Das Sozialstaatsprinzip als sozioethische Verpflichtung

Mit der Erklärung der Bundesrepublik zum sozialen Rechtsstaat ist eine durchgreifende, das gesamte Staats- und Rechtsleben erfassende ethische Grundregulierung für unser Staatsleben getroffen worden (3). Das Bekenntnis zum sozialen Bundes- bzw. Rechtsstaat bedeutet einen "Appell an das Gewissen des einzelnen Bürgers" zu sinnvollem Gebrauch seiner Freiheit und zur Rücksichtnahme auf die Gemeinschaft, für die nicht nur der Staat die Verantwortung zu tragen hat, sondern in weitem Maße auch der Bürger unmittelbar (4). Jede Freiheitsdeutung geht fehl, die sich nicht bewußt ist, daß jede äußerlich ungebundene Entschließung innerlich zu einer Wertung der sozialen Beziehungen verpflichtet (5). Und je mehr der einzelne im Selbstverständnis seiner Freiheit von sozialer Verantwortlichkeit erfüllt ist, desto weniger bedarf es spezieller gesetzlicher Regelungen. Das Problem der Freiheit im modernen Staat enthüllt

VDStRL, Band 12, 1954, S. 8 ff, sowie S. 126 ff (Aussprache), vgl. hierzu aber die Auseinandersetzung mit der Ansicht Forsthoffs in der Aussprache, VDStRL, Band 12, S. 85 ff.

- (1) vgl. BVerfGE Band 1, S. 97 ff (105), wonach das Sozialstaatsprinzip bei der Auslegung des Grundgesetzes von entscheidender Bedeutung sein kann.
- (2) Gerber, AöR Band 81, S. 15; Huber, DÖV 1956, S. 200.
- (3) Gerber, ebenda, S. 42.
- (4) Gerber, ebenda, S. 40.
- (5) Gerber, ebenda, S. 45; vgl. auch Gustav Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 1. Buch, Tübingen 1950, S. 12 ff (14-16).

sich damit letztlich als ein sittliches Problem (1).

Die Erklärung der Bundesrepublik zum sozialen Rechtsstaat enthält damit gleichzeitig eine Gerechtigkeitswertung, die zu den notwendigen Bestandteilen einer jeden Staatsverfassung gehört (2). In primär materialer Art ist jedes Staatswesen - soweit es ein wirkliches Staatswesen und nicht nur eine irgendwie geartete Tyranis unter dem Schein eines Staatswesens ist - immer auf die Verwirklichung und Sicherung der Gerechtigkeit gerichtet. Was absolut gerecht sein will, muß aber auch absolut sozial sein. Anders ist eine "wahre" Gerechtigkeit, die immer gleichzeitig soziale Gerechtigkeit sein muß, nicht denkbar (3). Die "Gemeinwohlerechtigkeit" als die "niemals angezweifelte Erkenntnis jeder Sozial- und Gesellschaftsethik" (4) aber herbeizuführen, muß Aufgabe und Ziel jedes Staates sein, der auf dem Boden der Gerechtigkeit und des Sozialen steht.

3. Der Interessenkonflikt im sozialen Rechtsstaat

Mit der Normierung des Sozialstaatsprinzips trug der Verfassungsgesetzgeber nicht nur den realen Gegebenheiten der modernen demokratischen Staatsform Rechnung, sondern zog zugleich die Konsequenz aus den staatspolitischen Erfahrungen der letzten 150 Jahre. Der liberale Rechtsstaatsbegriff war noch ganz orientiert an dem Gegensatz von Staat und Gesellschaft. Er bildete sich seinerzeit als Antithese zum absolutistischen Machtstaat heraus, der zunächst nur in Dynastie, Heer und Verwaltung verkörpert war. Noch heute wird der Mensch - wie im 19. Jahrhundert - nur allzuoft von der Vorstellung beherrscht, daß er als Bürger dem Staate, den er als etwas ihm Fremdes ansieht, gegenüberstehe und daß der Staat außerhalb seiner Verantwortung und außerhalb seines eigenen Tätigkeitsfeldes liege. Im heutigen demokratischen Staate aber bilden Bürger und Staat eine Einheit. Der Verfassungsgesetzgeber hat nicht

-
- (1) Gerber, Geld und Staat, 1926, S.22 ff; derselbe, Die Idee des Staates in der neueren evangelisch-theologischen Ethik, 1930, S.56 ff; Fritz v. Hippel, Recht, Sittlichkeit und Religion im Aufbau von Sozialordnungen, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 213/214, Tübingen 1958; Fechner, Recht und Staat, Heft 17, S.14.
 - (2) Gerber, Die weltanschaulichen Grundlagen des Staates, Stuttgart 1930, S.12.
 - (3) Dürig, AöR Band 79, S.255; vgl. auch Friedrich August Freiherr von der Heydte, Die Tragweite der Generalklausel in Art.19 Abs.4 des Bonner Grundgesetzes, Veröff.d.VDStRL Heft 8, 1950, S.163.
 - (4) Dürig, ebenda.

ohne Grund, sondern im Bewußtsein dieser Tatsache in Art. 20 Abs. 2 GG die Worte "Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus" aufgenommen. Der Staat ist nur die Organisationsform für die Genossenschaft der Bürger (1), ihr Gemeinwesen, in dem sie sich zusammengeschlossen haben.

Mit dieser Konzeption hat der Staat jedoch einen Teil seiner Einheitlichkeit verloren. Weil er die Spannungen zwischen dem Individuum und der Gemeinschaft in das Staatsleben mit aufnahm, mußte er notwendigerweise eine Einbuße an innerer Geschlossenheit erleiden (2). Die Anschauung des Liberalismus vom Gegensatz zwischen Staat und Gesellschaft hat sich überlebt. Der einzelne ist mitverantwortlich mitten in die Gemeinschaft hineingestellt mit der Notwendigkeit, sich mit deren Problemen auseinanderzusetzen. Der Staat ist ein Teil seiner selbst geworden, wie er ein Glied des Staates ist. Der einzelne ist damit zu positiver Mitarbeit am Ganzen aufgerufen und sieht sich vor die Aufgabe gestellt, den Gegensatz zwischen seinen Interessen und denen der Allgemeinheit auszugleichen. Nicht mehr das "einseitige Zurückweichen des Staates vor dem ungehemmten Sichausleben des Individuums charakterisiert diesen Staatstyp wie einst den liberalen Rechtsstaat" (3), sondern die gegenseitige Rücksichtnahme und die Abstimmung der Eigeninteressen mit denen der Allgemeinheit. Nur eine solche Deutung wird der gegenwärtigen Situation des deutschen Staatswesens gerecht und entspricht der modernen Staatsstruktur schlechthin, die sich in den letzten Jahrzehnten von der Zerklüftung in Staat und Gesellschaft entfernt hat (4).

Bei dieser demokratischen Auffassung vom Staate ist zwar der Schutz des einzelnen Bürgers gegen willkürliche hoheitliche Maßnahmen seiner Staatsbehörden nicht überflüssig geworden, stärker als im alten Obrigkeitsstaat aber stellt sich hier das Problem, die staatlich organisierte Gemeinschaft gegen den Egoismus des einzelnen abzuschirmen. Diese für das geordnete Zusammenleben in der Gemeinschaft unerläßliche Voraussetzung ist von den Vertretern der liberalen Staatsidee nicht in genügendem Maße erkannt worden. Sie hat heute in dem in Art. 20 und 28 GG normierten Sozialstaatsprinzip Ausdruck gefunden.

(1) Christian-Friedrich Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 173, 1953, S. 26.

(2) Menger, ebenda.

(3) Menger, ebenda, S. 27.

(4) Ipsen, Veröff. d. VDStRL Heft 10, S. 74 ff; vgl. auch Rittner, WuW, S. 67.

4. Die staatliche Sozialgestaltungsmacht

In erster Linie ist die soziale Einung Aufgabe der einzelnen gesellschaftlichen Gruppen innerhalb des Gemeinwesens, von deren innerer und freier Bereitschaft der Erfolg weitgehend abhängt. Darüber hinaus ist auch der Staat durch die Sozialstaatsklausel zur sozialen Mitverantwortung aufgerufen und zur Mitgestaltung verpflichtet. Das Sozialstaatsprinzip bedeutet Bereitschaft, Verantwortung und Zuständigkeit des Staates zur Gestaltung der sozialen Ordnung.

Die Zeiten des Rechtsstaates in der Form des reinen "Rechtsbewahrerstaates" (1) sind seit dem Ende des Ersten Weltkrieges unwiederbringlich vorüber. Der Staat sieht sich nicht mehr einer gegebenen und intakten Gesellschafts- und Sozialordnung gegenüber, sondern ist vor die Aufgabe gestellt, die soziale Ordnung erst neu zu schaffen oder umzugestalten und sie den modernen Lebens- und Gesellschaftsformen anzupassen, oder sie dort, wo sie besteht und den Anforderungen der Gegenwart genügt, zu gewährleisten (2).

Entgegen der Ansicht Krügers (3), daß "durch das Zusammentreffen einer großen Anzahl von individuellen Willküren automatisch das Richtige und für das Gemeinwohl Nützlichste" herauskommt, gibt es nach einhelliger Auffassung jene natürliche soziale Harmonie nicht. Das Gemeinwohl kann in einem weiten Bereich unseres Gemeinschaftslebens nur realisiert werden durch heteronomen Ausgleich der Privatinteressen von seiten einer Autorität. Der Staat wird dadurch zur Wirtschafts- und Sozialgestaltung aufgerufen, deren wichtigste Materie das Eigentum und die Berufsausübung sind (4).

Die Sozialstaatsklausel enthält somit nicht nur allgemein die materielle Verpflichtung, den Grundsatz der Sozialstaatlichkeit zu beachten, sondern auch eine staatliche Sozialkompetenz, die der Gesetzgebung, der Verwaltung und den Gerichten als Recht eingeräumt, aber auch als Pflicht auf-erlegt ist (5). Durch sie erhält der Gesetzgeber die Vollmacht zur wirt-

- (1) Herbert Krüger, Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl. 1951, S.361 ff (364).
- (2) Zur Frage der Verwirklichung des Sozialstaatsgedankens im BGB vgl. Boehmer, Einführung in das Bürgerliche Recht, Tübingen 1950, § 13, Das Menschen- und Sozialbild des BGB, S.78 ff.
- (3) Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, Göttingen, 1950, S.17; auch NJW 1955, S.204 links.
- (4) Dürig, AöR Band 79, S. 258.
- (5) vgl. Gerber, AöR Band 81, S.41; Huber, DÖV 1956, S.201 rechts; Ipsen, Veröff.d. VDStRL Heft 10, S.74 ff; Bachof, Veröff.d. VDStRL Heft 12, S.37 ff (38/39); Dürig, JZ 1953, S.193 ff (193 links, 196 links); BVerfGE Band 1, S.97 ff (105).

schaftlichen Intervention, sie sowohl (negativ) auf Gefahrenabwehr wie auch (positiv) auf Sozialgestaltung gerichtet sein kann (1).

5. Das Recht des Staates zur Wirtschaftsintervention

Gerade das wirtschaftliche Zusammenleben in der Gemeinschaft erfordert neben Abwehrmaßnahmen eine weitgehende positive Gestaltung. Der Kernbereich des Wirtschaftsrechtes ist der Interessenkonflikt zwischen individueller Freiheit und kollektiver oder staatlicher Bindung. Wo diese Auseinandersetzung stattfindet, bedarf es in der Regel der staatlichen Intervention, um das öffentliche Gesamtinteresse zu wahren und die Ziele sozialer Gerechtigkeit zu verwirklichen. Die Ermächtigung hierzu fließt aus der Sozialstaatsklausel; d.h. von Staats wegen kann "gesetzlich das ausgesprochen werden, wozu der einzelne bei verständiger Ausdeutung seiner Freiheit aus eigenem Entschluß sich veranlaßt sehen müßte" (2). Dabei wird das unserer Verfassung zu Grunde liegende System der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit nicht aufgehoben, denn das interventionistische Wirtschaftssystem führt nicht zu voller zentraler Lenkung der Wirtschaft durch den Staat unter vollständigem Ausschluß des persönlichen Entschlusses (3).

Es trägt aber den tatsächlichen Gegebenheiten des Massenzeitalters und der modernen Gesellschaftsstruktur mit einer Überzahl wirtschaftlich abhängiger

(1) Gerber, AöR Band 81, S.41; Huber, DÖV 1956, S.201.

(2) Gerber, AöR Band 81, S.46.

(3) Zur Frage der Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik vgl. im einzelnen Kurt Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Die Grundrechte, 3. Band, S.1 ff; Franz Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Tübingen 1950, mit einer kritischen Stellungnahme von Huber (AöR Band 78, S.499 ff); Horst Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, Verfassungsrecht - sprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung, in: Berkeley - Kölner Rechtsstudien, Kölner Reihe, 2. Band, Karlsruhe 1961, S.7 ff; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1, S.20 ff, sowie DÖV 1956, S. 97 ff, 135 ff, 172 ff, 200 ff; Krüger Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl.1951, S.361 ff; Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, 1954; Ludwig Raiser, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, in: Festschrift für J. von Gierke, 1949, S. 181 ff; Hans Ritschl, Das Wesen der Staatswirtschaft, Hamburg 1950; Adolf Schüle, Verfassung und Wirtschaft, Mannheim; Hans-Ulrich Scupin, Die Rechtslehre der Wirtschaft unter dem Bonner Grundgesetz, Münster i. W. 1950.

Individuen Rechnung und will über die Beaufsichtigung wirtschaftlicher Vorgänge sowohl in den Formen des Gewerberechts und der Gefahrenabwehr als auch durch planende und lenkende Maßnahmen ein gedeihliches Zusammenleben aller in wirtschaftlicher, sozialer (und kultureller) Hinsicht gewährleisten (1).

Schon die Wirtschaftsordnung des Bismarck'schen Reiches war in concreto ein "Nebeneinander, Gegeneinander und Miteinander" staatsinterventionistischer und freiheitssichernder Prinzipien. In noch stärkerem Maße war der Kompromiß zwischen Institutionen des "liberaldemokratischen Rechtsstaates" und solchen des "wirtschaftsdemokratischen Sozialstaates" für den Bereich der Wirtschaftsverfassung in den Verfassungssätzen der Weimarer Reichsverfassung erkennbar, wo sich beide Grundsätze zu einem Ganzen vereinigten (2). Nicht anders ist es heute nach dem Grundgesetz (3). Den Grundrechten als den Garantien der persönlichen Freiheit stehen die sozialen Bindungen durch die Sozialstaatsklausel gegenüber. Ein System der allumfassenden und durchgängigen staatlichen Wirtschaftsplanung und -lenkung würde die wirtschaftlichen Freiheitsrechte in ihrem Wesensgehalt antasten und wäre deshalb mit den Freiheitsgarantien des Grundgesetzes schlechthin unvereinbar. Das Grundgesetz verbietet jedoch nicht eine partielle Planung und Lenkung auf einzelnen Teilgebieten unserer Wirtschaft, sofern überragende Forderungen des Gemeinwohls nicht anders erfüllt werden können. Dabei bleibt die Entscheidung dem Gesetzgeber überlassen, ob auf bestimmten Teilgebieten der Wirtschaft die überragenden Forderungen des Gemeinwohls von vornherein einen dauernden planenden und lenkenden Eingriff des Staates (System der Dauerlenkung) gebieten oder ob der staatliche Eingriff erst im Zeitpunkt akuter Krisensituationen erfolgen soll (System der Krisenlenkung) (4).

Die Dauerlenkung ist allerdings nur in einem eng umgrenzten Teilbereich der Wirtschaft gestattet, nämlich dort, wo das Gemeinwohl nach der auf ernst-

-
- (1) vgl. Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, Veröff.d. VDStRL Heft 11, S.12,16,17; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1, S.34; Gerber, AöR Band 81, S.10/11.
 - (2) vgl. Huber, AöR Band 78, S.500; auch Otto Koellreutter, Deutsches Staatsrecht, 1952, S.256 ff.
 - (3) Eine Bestandsaufnahme erweist, daß in den meisten Staaten der westlichen Welt heute ein System begrenzter staatlicher Wirtschaftslenkung (Interventionismus, Dirigismus) herrscht.
 - (4) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band II, Tübingen 1954, S.223.

haften Erwägungen gegründeten Ansicht des Gesetzgebers durch die Selbstregulierung der Wirtschaft nach den Regeln des freien Wettbewerbs nicht gewahrt werden kann. Das jedoch trifft für bestimmte Wirtschaftsfunktionen innerhalb der Versicherungs-, Kredit- und Verkehrswirtschaft zu. So ist heute die Versicherungsaufsicht als Institution - im Gegensatz zu einzelnen Bestimmungen des Versicherungsaufsichtsgesetzes - als von der Sozialstaatsklausel gedeckt und gefordert verfassungsrechtlich nicht umstritten (1).

Planende und lenkende Staatseingriffe innerhalb solcher Schlüsselstellungen der Wirtschaft hat es stets, auch in den Zeiten des voll entwickelten Liberalismus gegeben. Auch das Grundgesetz hat diese Teillenkung nicht ausschließen wollen (2).

Die staatliche Wirtschaftsintervention ist nicht zuletzt dadurch notwendig geworden, weil der Staat heute auch das Risiko des wirtschaftlichen Fehlgriffes trägt (3). Daraus folgt wiederum das Recht des Staates, sich zur Wirtschaftslenkung auch nicht-marktkonformer Mittel zu bedienen. Würde man das Recht des Staates, der gerade in Notzeiten zu lenkenden und ausgleichenden Hilfsmaßnahmen aufgerufen ist, auf nur marktkonforme Lenkungsmaßnahmen reduzieren, so wäre er gerade in Gefahren- und Engpaßsituationen vielfach nicht zur Erfüllung seiner Aufgabe in der Lage (4). Die Forderung, sich nur marktkonformer Lenkungsmittel zu bedienen, ist auch in keinem Verfassungssatz enthalten. Sofern ein zwingendes Gebot für nicht-marktkonforme Maßnahmen besteht, weil anders das Gemeinwohl nicht gewahrt werden kann, muß jedes Mittel der Intervention erlaubt sein, um den Bestand der Gemeinschaft zu garantieren. Es müssen nur die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für den interventionistischen Eingriff gegeben sein (5).

(1) vgl. z. B. BVerwG Urteil vom 24.5.1956, NJW 1956, S.1453.

(2) vgl. im einzelnen Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Band, S.219 ff, auch 1. Band, S.34 ff.

(3) Huber, AöR Band 78, S.504.

(4) vgl. Dürig, AöR Band 79, S.257; ebenso Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft, S.21: "Staatliche gesetzliche Eingriffe, die den Prinzipien der Marktwirtschaft widersprechen", sind zulässig, "wenn sie durch andere überragende Erfordernisse der verfassungsmäßigen Ordnung oder durch das Sozialstaatsprinzip gedeckt sind".

(5) vgl. Huber, DÖV 1956, S.206 rechts, 207.

6. Zusammenfassung

Das Sozialstaatsprinzip beherrscht das ganze Grundrechtssystem und ist selbstverständlicher Auslegungsmaßstab für alle Grundrechte. Art. 20 und 28 GG sind Normen, aus denen sich mit verfassungsunmittelbarer Wirkung entscheidende Gemeinschaftsbindungen für den einzelnen Grundrechtsträger ergeben. Wenn das Bundesverfassungsgericht von der "Bedeutung der Grundrechte in der sozialen Ordnung" spricht (1), so weist es konkludent auf die Sozialstaatsentscheidung des Grundgesetzes und die dem Grundrecht des Art. 12 GG von daher gezogenen Grenzen hin. Diesen Hinweis hat es in seinen späteren Entscheidungen noch verdeutlicht (2). Im wesentlichen bedeutet die Sozialstaatsklausel ein Zweifaches:

- a) Einmal enthält sie das materielle Verfassungsgebot an den einzelnen Bürger, bei seinen Handlungen die Rechte seiner Mitmenschen und der Allgemeinheit zu achten. Sie verpflichtet insoweit den einzelnen Grundrechtsträger unmittelbar.
- b) Neben dieser, den einzelnen treffenden Verpflichtung ist der Staat in seinen drei Machtausübungen, Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung, zur Beachtung der Sozialstaatsklausel aufgerufen. Der Aufruf zur Verwirklichung des Sozialstaatsgedankens richtet sich in erster Linie an den Gesetzgeber, darüber hinaus aber auch an die Gerichte, soweit ihnen die Fortbildung des Rechts obliegt. Im übrigen ist das Sozialstaatsprinzip Auslegungsregel für Verwaltung und Rechtsprechung. Der einzelne hat einen Anspruch gegenüber den staatlichen Instanzen auf Beachtung dieses Prinzips. Der Staat seinerseits wiederum kann den Bürger in seiner Freiheit auf das Maß des sozial Gebotenen beschränken. Dabei ist der Staat zu positiver Gestaltung aufgerufen, wenn es die Verwirklichung des Sozialstaatsgedankens erfordert. Gerade im Berufsrecht ist der Bereich für regelnde und gestaltende Maßnahmen sehr groß (3). Berufsausübung, aber auch Berufszulassung, bedürfen einer näheren Regelung und Konkretisierung im einzelnen, wobei im Rahmen der Sozialstaatlichkeit grundsätzlich wirtschafts- und sozialpolitische Ziele verfolgt werden dürfen (4).

(1) vgl. BVerfGE Band 7, S. 377 ff (404, 409).

(2) vgl. z.B. BVerfGE Band 10, S. 354 ff (363, 369, 371), Band 13, S. 97 ff (107).

(3) vgl. BVerfGE Band 13, S. 97 ff (122).

(4) vgl. z.B. zur Zulässigkeit steuerlicher Maßnahmen zugunsten einer mittelstandsfreundlichen Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik BVerwGE Band 12, S. 140 ff (159).

In der Verwirklichung dieser durch die Sozialstaatsentscheidung gesteckten Ziele ist der Gesetzgeber nicht völlig frei, sondern an die Verfassung gebunden. Absolute Grenze für jede Sozialgestaltung ist die Wesensgehaltsgrenze des Art. 19 Abs. 2 GG. Darüber hinaus darf der Gesetzgeber in dem weiten Bereich bis zur Grenze des Art. 19 Abs. 2 GG nicht jede zur Verwirklichung seines Zieles geeignete Maßnahme anordnen; vielmehr ist er auch hier zu einer Differenzierung gemäß den Grundsätzen der Dreistufentheorie verpflichtet. Die Sozialstaatsklausel ist eine Rechtfertigung für sozialgestaltende Maßnahmen nur dem Grunde nach; Art und Umfang des zulässigen Eingriffs im einzelnen werden - zumindest im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG - nach den Grundsätzen der Dreistufentheorie bestimmt. Es ist nach den Grundsätzen der Dreistufentheorie zu prüfen und zu entscheiden, ob im Einzelfalle oder generell in bestimmten Eingriffsbereichen die grundsätzlich nach dem Grundgesetz gebotene Sozialgestaltung zulässig ist.

III. Das Recht zur Sozialgestaltung nach der Dreistufentheorie

1) Die grundsätzliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Ob und in welchem Umfange das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber das Recht zur Sozialgestaltung im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG einräumt und wo es insbesondere die Grenze des zur Verfolgung wirtschafts- und sozialpolitischer Ziele noch Zulässigen zieht, war nach dem Apothekenurteil zunächst nicht eindeutig zu beantworten. Dort spricht das Gericht - und zwar für alle drei Stufen - wiederholt nur von den Nachteilen und Gefahren für die Allgemeinheit bzw. für ein überragendes Gemeinschaftsgut und von dem Schutz desselben, dem die gesetzliche Maßnahme dienen soll (1). Das legte die Vermutung nahe, das Gericht lasse Grundrechtseingriffe nur zur Gefahrenabwehr zu und jegliche Wirtschafts- und Sozialgestaltung liege jenseits des verfassungsmäßig Zulässigen. Diese Vermutung hat das Gericht durch seine späteren Entscheidungen, insbesondere die Entscheidungen zu Art. 47 Abs. 1 des Bayrischen Versicherungsgesetzes (2), zu § 9 Abs. 1 und 2 PBefG (3) und zu §§ 1, 7, 8 Handwerksordnung (4) entkräftet. Danach ist sehr wohl eine Sozialgestaltung auch

(1) BVerfGE Band 7, S. 377 ff (404, 406, 407, 408; vgl. auch Leitsatz 6 c u. d).

(2) BVerfGE Band 10, S. 354 ff.

(3) BVerfGE Band 11, S. 168 ff.

(4) BVerfGE Band 13, S. 97 ff.

im Geltungsbereich des Art. 12 GG möglich. Eine Beschränkung der zulässigen gesetzgeberischen Maßnahme auf bloße Gefahrenabwehr hätte auch nicht der Tatsache Rechnung getragen, daß im modernen Industrie- und Sozialstaat eine planende und lenkende staatliche Wirtschaftsintervention notwendig ist.

Dabei räumt das Gericht dem Gesetzgeber das Recht zu sozialer Wertschöpfung ein (1). Der Gesetzgeber ist berechtigt, neben "absoluten, d.h. allgemein anerkannten und von der jeweiligen Politik des Gemeinwesens unabhängigen Gemeinschaftswerten (wie z.B. die Volksgesundheit)" zur Erreichung seiner wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen und Ziele neue schutzwürdige Gemeinschaftsinteressen zu schaffen und diese in den Rang wichtiger Gemeinschaftsgüter zu erheben. Das Bundesverfassungsgericht ist dann lediglich auf die Überprüfung beschränkt, ob die vom Gesetz geschützten öffentlichen Interessen überhaupt Gemeinschaftswerte von so hohem Rang darstellen können (2).

Dem Gesetzgeber wird damit das Recht eingeräumt, durch Anerkennung neuer oder stärkerer Hervorhebung bestehender Gemeinschaftsgüter auf Grund politischer Erwägungen die Rechtssphäre der Allgemeinheit zu deren Gunsten zu erweitern. Die Entscheidung ist die Anerkennung der staatlichen Sozialgestaltungsmacht auf dem Gebiete des Berufsrechts und deshalb zwar im Prinzip nichts grundsätzlich Neues, sie ist jedoch in dieser Klarheit zu begrüßen. Allerdings wäre es falsch, die dem Gesetzgeber dadurch eingeräumte Rechtsmacht zu überschätzen, denn die Anerkennung neuer oder die Höherbewertung bestehender Gemeinschaftsgüter kann wohl vom Gesetzgeber gefordert werden, die Bewertung muß jedoch auch die im Volke vorhandenen Wertvorstellungen berücksichtigen und ist deshalb auch von der Anerkennung durch die Gesellschaft abhängig, die allerdings, wie die Erfahrung lehrt, leicht zu beeinflussen ist (3).

(1) vgl. BVerfGE Band 13, S. 97 ff (107).

(2) In der "Erhaltung und Förderung eines gesunden leistungsfähigen Handwerksstandes", worauf die Bestimmungen der Handwerksordnung gerichtet sind, hat das Bundesverfassungsgericht ein solches Gemeinschaftsgut anerkannt, vgl. BVerfGE Band 13, S. 97 ff (107).

(3) Zur Wechselwirkung von Norm und Wirklichkeit (in bezug auf die Verfassung) vgl. Hesse, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, 1959, Heft 222, S. 1 ff, insbesondere 12 ff, 16 ff; derselbe, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, Veröff. d. VDStRL, Heft 17, 1959, S. 11 ff (13 ff).

2) Die Sozialgestaltungsmacht im Bereich der dritten Stufe

Das Bundesverfassungsgericht räumt diese Sozialgestaltungsmacht dem Gesetzgeber in vollem Umfange auf der ersten und zweiten Stufe ein (1). Dagegen hat sich das Gericht bereits im Apothekenurteil gegen die Rechtfertigung eines Eingriffs auf der dritten Stufe aus wirtschafts- und sozialpolitischen Erwägungen ausgesprochen (2) und diese Ansicht später, insbesondere in der Entscheidung zu § 9 Abs.1 und 2 PBefG (3), in dem es eine objektive Zulassungsvoraussetzung der dritten Stufe erblickt, erneut bestätigt. Das Gericht führt dort zur Anwendung des § 9 Abs.1 PBefG auf den Droschkenverkehr aus (4), die Zulassung eines Unternehmens könne zwar den Interessen des öffentlichen Verkehrs im Sinne des § 9 Abs.1 PBefG zuwiderlaufen. Ein "Zuwiderlaufen" dürfe hier aber nur angenommen werden, "wenn durch die Zulassung eine akute Gefährdung eines wichtigen Gemeinschaftsgutes eintrete, der anders nicht begegnet werden könne"; Gesichtspunkte wirtschafts- und verkehrspolitischer Planung und Gestaltung müßten hier, obwohl sie zulässigerweise im Rahmen der "Interessen des öffentlichen Verkehrs" berücksichtigt werden könnten, zurücktreten. Das Gericht verwahrt sich dann ausdrücklich dagegen, daß unter dem Deckmantel des Schutzes überragender Gemeinschaftsinteressen allgemeinen verkehrspolitischen Planungs- und Lenkungsbestrebungen zur Wirksamkeit verholfen wird (5). Maßgebendes Kriterium für die Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs im Bereich der dritten Stufe dürfe allein der zwingende Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsinteressen sein.

Das schließt nicht aus, daß der Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter auch im Bereich der dritten Stufe eine wirtschafts- oder sozialpolitische Lenkungsmaßnahme als Mittel notwendig macht. Die Zulässigkeit des Eingriffs ist dann aber in dem unmittelbaren Schutz des überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes begründet, nicht in dem Bestreben, wirtschafts- oder sozialpoli-

(1) vgl. z.B. BVerfGE Band 10, S.354 ff (363,369,371).

(2) vgl. BVerfGE Band 7, S.377 ff (444): "Soweit für diesen Standpunkt" - gemeint ist die Ablehnung der Niederlassungsfreiheit durch die Mehrzahl der Apotheker - "berufspolitische Erwägungen maßgebend sind, die dem Schutze des Standes, der Erhaltung seines traditionellen Niveaus gelten, müssen sie aber dann zurücktreten, wenn der 'engste Schutzbereich' des Grundrechts aus Art.12 Abs.1 GG in Frage steht."

(3) vgl. BVerfGE Band 11, S.168 ff.

(4) vgl. BVerfGE Band 11, S.168 ff (190/191).

(5) vgl. BVerfGE Band 11, S.168 ff (191).

tische Zielsetzungen zu verwirklichen. Der Schutz überragender Gemeinschaftsinteressen als Zweck und als Kriterium der Zulässigkeit des gesetzgeberischen Eingriffs schließt nicht wirtschaftspolitische Maßnahmen als Mittel zur Erreichung dieses Zweckes aus.

Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht in der gleichen Entscheidung bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 9 Abs.1 PBefG für den Linienverkehr ausgeführt, daß die Deutsche Bundesbahn, "deren überragende Bedeutung im Rahmen des Verkehrswesens keinem Zweifel unterliege", in ihrem "Bestand" und ihrer "höchstmöglichen Wirtschaftlichkeit" auch aus "allgemeinen staatspolitischen (1) wie aus wirtschafts- und sozialpolitischen (2) Gründen gesichert" werden müsse (3), und daß diese besondere Sachlage - ohne daß das Gericht diese Frage hier endgültig zu entscheiden brauchte - die Vorschrift des § 9 Abs.1 PBefG, als objektive Zulassungsbedingung der dritten Stufe, für den Linienverkehr "mit guten Gründen rechtfertigen" könne (4). Aus diesen Ausführungen könnte der Schluß gezogen werden, daß wirtschafts- und sozialpolitische Gesichtspunkte - zumindest auch - für die Begründung eines Eingriffs auf der dritten Stufe maßgebend sein können und daß damit nicht nur das Mittel zur Erreichung des Zwecks, sondern der Zweck selbst und damit das Kriterium für die Zulässigkeit wirtschafts- bzw. verkehrspolitischer Art sein kann. Nur so ließe sich eine objektive Zulassungsvoraussetzung mit der allgemeinen staats-, wirtschafts- und sozialpolitischen Bedeutung der Deutschen Bundesbahn - allein oder zusammen mit anderen Erwägungen - rechtfertigen.

Auch in der Apotheken-Entscheidung läßt sich für die Zulässigkeit von Sozialgestaltungsmaßnahmen im Bereich der dritten Stufe ein Anhaltspunkt finden. Das Gericht hat im Leitsatz 6 c a.E. des Apothekenurteils ausgeführt, daß "im allgemeinen" (5) nur "die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut" eine objektive Zulassungsvoraussetzung werde rechtfertigen können. Durch die Worte "im allgemeinen" räumt das Gericht ein, daß im übrigen auch andere Kriterien für die Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs maßgebend sein können. Dabei ist es möglich, daß an den Umfang und die Nachweisbarkeit

(1) Sperrung vom Verfasser.

(2) Sperrung vom Verfasser.

(3) vgl. BVerfGE Band 11, S.184.

(4) vgl. BVerfGE Band 11, S.185.

(5) Sperrung vom Verfasser.

oder Wahrscheinlichkeit der Gefahr geringere Anforderungen gestellt werden, aber auch, daß nicht die Gefahr das allein maßgebende Kriterium für die Zulässigkeit zu sein hat, sondern daß auch andere, beispielsweise wirtschaftspolitische Gesichtspunkte, entscheidend sein können. Für die Bedürfnisprüfung würde dies bedeuten, daß diese - sofern nur die tatsächlichen Voraussetzungen der Dreistufentheorie gegeben sind - auch mit sozial- und wirtschaftspolitischen Erwägungen begründet werden kann, und daß die Bedürfnisprüfung nicht nur Mittel der Gefahrenabwehr zum Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter, sondern daß sie grundsätzlich auch Mittel der Wirtschafts- und Sozialgestaltung sein kann.

Ob den genannten Ausführungen des Gerichts diese grundsätzliche Bedeutung beigemessen werden kann, muß jedoch in Zweifel gezogen werden.

Das Gericht hätte zwar in dem Urteil zu § 9 PBefG (1) auf eine ausdrückliche Stellungnahme verzichten können, weil es diese Frage nicht zu entscheiden brauchte. Wenn es dennoch dazu Stellung genommen hat, so könnte das dafür sprechen, daß es die Möglichkeit der Berücksichtigung wirtschafts- und sozialpolitischer Erwägungen im Bereich der dritten Stufe ausdrücklich betonen wollte. Man muß jedoch die Ausführungen des Gerichts im Zusammenhang mit dem zur Entscheidung stehenden Falle sehen. Zur Entscheidung stand die Frage der Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung für den Mietwagen- und Droschkenverkehr und im Mittelpunkt der Güterabwägung der Schutz der Bundesbahn im Konkurrenzkampf zwischen Schiene und Straße. Das Gericht hat zur Verdeutlichung der Interessenlage beim Mietwagen- und Droschkenverkehr auf die unterschiedliche Situation im Linienverkehr hingewiesen und hierbei die erwähnten Feststellungen getroffen. Dabei hat es nicht nur die staatspolitische sowie wirtschafts- und sozialpolitische Bedeutung der Deutschen Bundesbahn hervorgehoben, die nicht in Zweifel zu ziehen ist, sondern hat gleichzeitig klargestellt, daß der Bestand der Deutschen Bundesbahn auch aus diesen Gründen gesichert werden müsse. Es hat also letztlich auf die Sicherung des Bestandes der Deutschen Bundesbahn und damit auf deren Schutz abgestellt. Sieht man aber in dem Schutzbedürfnis der Deutschen Bundesbahn das Schergewicht der Ausführungen des Gerichts, so steht auch hier die Gefahrenabwehr als bestimmendes Kriterium der Zulässigkeit im Mittelpunkt (2). Schließlich

(1) BVerfGE Band 11, S.168 ff (184,185,190/91).

(2) So wurde auch die Verfassungsmäßigkeit des Numerus clausus in § 9 Abs.2 GüKG vom Bundesverwaltungsgericht nicht mit wirtschaftspolitischen Erwägungen, sondern mit der Notwendigkeit, den öffentlichen Verkehr aufrechtzuerhalten und zu schützen, begründet (BVerwGE Band 3, S.21 ff).

läßt sich nur mit dieser Auslegung der Urteilsgründe die in der gleichen Entscheidung getroffene eindeutige Feststellung des Gerichts in Einklang bringen, daß für Gesichtspunkte wirtschafts- und verkehrspolitischer Planung und Gestaltung im Bereich der dritten Stufe kein Raum sei.

Man wird daher nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter Ausschluß wirtschafts- und sozialpolitischer Erwägungen von der Gefahrabwehr als Kriterium der Verfassungsmäßigkeit eines Grundrechtseingriffs auf der dritten Stufe auszugehen haben (1).

Ob die nach den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätzen sehr weitgehenden Beschränkungen des Gesetzgebers auf der dritten Stufe von Verfassungen wegen tatsächlich geboten sind und welche Konsequenzen sie für die einzelne Entscheidung des Gesetzgebers mit sich bringen, dazu vgl. unten S. 129 ff.

IV. Der Generalvorbehalt des Art.2 Abs.1 GG als materielle Grundlage für den gesetzgeberischen Eingriff

Vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bayrischen Apotheken-gesetz wurde in Literatur und insbesondere in der Rechtsprechung der Landes-verwaltungsgerichte vielfach der Vorbehalt des Art.2 Abs.1 GG zur Begren-zung der Berufsfreiheit herangezogen. Zumindest diejenigen, welche den Regelungsvorbehalt des Art.12 Abs.1 Satz 2 GG nicht auf die Berufswahl, sondern nur auf die Berufsausübung erstreckten, eine uneingeschränkte Ga-rantie der Berufswahl aber ablehnen wollten, sahen in dem Vorbehalt des Art.2 Abs.1 GG vielfach eine für alle Grundrechte allgemein verbindliche Schranke, aus der sich eine Begrenzung der Berufswahl begründen lasse. Die Frage der Geltung des Vorbehaltes des Art.2 Abs.1 GG für alle Grundrechte ist jahrelang heftig diskutiert worden.

Das Bundesverwaltungsgericht (2) und der Bundesgerichtshof (3) haben, wie

-
- (1) so wurde auch schon früher wiederholt von der Bedürfnisprüfung als "ge-fahrenabwehrender", sogenannter "negativer" Bedürfnisprüfung gespro-chen, vgl. z.B. Wttbg. -Bad. VGH, DVBl.1951, S.444 ff (445); OVG Hamburg, MDR 1950, S.569 ff (570); Schüffner, DVBl.1951, S.447, Anm. zu Urt. des Wttbg. -Bad. VGH vom 6.3.1951 und 2.2.1951.
 - (2) BVerwGE Band 1, S.48 (51); Band 8, S.14 ff (15).
 - (3) vgl. Gutachten vom 28.4.1952, DVBl.1963, S.471 ff (472); BB 1955, S.553, Gutachten aus 1952.

nunmehr auch das Bundesverfassungsgericht (1), eine Bezugnahme auf den Vorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG zur Begrenzung der Einzelfreiheiten als unzulässig abgelehnt. Damit ist die Frage von der Rechtsprechung entschieden worden; auch die Diskussion ist seit der grundlegenden Apotheken-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts weitestgehend verstummt. Die rechtssystematische Stellung der einzelnen Grundrechte zu Art. 2 GG und dessen Vorbehalt ist jedoch nach wie vor umstritten. Hier interessiert nicht so sehr das Verhältnis des Art. 12 GG zu Art. 2 GG schlechthin, sondern vielmehr die Frage, ob und gegebenenfalls welche über den Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG hinausgehenden weiteren Eingriffsmöglichkeiten sich aus dem Vorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG herleiten lassen.

Daß der Soweit-Satz des Art. 2 Abs. 1 GG mit dem Verbot des Verstoßes gegen die verfassungsmäßige Ordnung und der Verletzung der Rechte anderer und des Sittengesetzes Kriterien der freiheitlichen Gemeinschaftsbindung enthält, ist nicht zu bestreiten. Der Persönlichkeitsentfaltung werden die Grenzen gezogen, die ein gedeihliches Zusammenleben in der Gemeinschaft erfordert. Ihre Geltung für Art. 2 Abs. 1 GG ist selbstverständlich. Daß der dreifache Vorbehalt materiell geeignet ist, als allgemeines Verfassungsprinzip über Art. 2 GG hinaus Geltung zu beanspruchen, dürfte ebenfalls nicht fraglich sein.

1) Das Verhältnis von Art. 2 GG zu Art. 12 GG hinsichtlich der Freiheitsgewährung

Der Charakter des Art. 2 GG als Grundrecht und das Verhältnis von Art. 2 GG zu Art. 12 GG hinsichtlich der Freiheitsgewährung ist heute im Grundsatz weitestgehend geklärt. Die eine Ansicht, die in Art. 2 GG kein subjektives Recht, sondern nur eine objektive Verfassungsnorm sehen will (2), kann praktisch als überwunden angesehen werden (3). Wehrhahn (4) kommt zwar auf Grund eingehender systematischer Schlüssigkeitsprüfung über eine Textanalyse und unter Berücksichtigung der forensischen Auswirkungen zu dem Ergebnis, die Anerkennung des Art. 2 GG als subjektives Recht führe zu "Verkürzungen oder Dif-

(1) BVerfGE Band 7, S. 377 ff (400); Band 9, S. 73 ff (77).

(2) Herbert Wehrhahn, Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, AöR Band 82, 1957, S. 250 ff (269 ff); von Mangoldt-Klein, 2. Aufl., Art. 2 Anm. III 4b, S. 167 ff.

(3) vgl. Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2 Anm. 5 mit den dort genannten ausführlichen Zitaten.

(4) AöR Band 82, S. 250 ff.

ferenzierungen grundrechtlicher Rechtsstellungen und darüber hinaus zu genereller Ungewißheit über die Reichweite und Wirksamkeit der Freiheitsverbürgungen", er räumt aber selbst ein (1), daß seine Untersuchung unter streng abgegrenzten Gesichtspunkten erfolgte und keine allgemeine Gültigkeit beanspruchen könne. Von Mangoldt-Klein (2) hält Art.2 GG als Grundrecht zur Wahrung des Persönlichkeitskernes für geeignet, ist aber im übrigen der Meinung, Art.2 GG sei inhaltlich zu unbestimmt, um als subjektives öffentliches Recht qualifiziert werden zu können.

Die herrschende Meinung sieht heute mit Recht in Art.2 GG ein echtes Grundrecht, das eine Komplementärgarantie gegenüber allen anderen Grundrechten (Art. 3 - 19 GG) ist, zu denen es im Verhältnis der *Lex generalis* zur *Lex specialis* steht. Es stellt ein Auffangrecht, d.h. eine Garantieergänzung (3) insoweit dar, als alle von den speziellen Grundrechten erfaßten Einzelbetätigungen von ihm erfaßt werden (4). Darüber hinaus führt die umfassende Freiheitsgewährung in Art.2 GG im Verhältnis zu den normierten Einzelfreiheiten zu einer Garantieüberlagerung insofern, als Art.2 GG als "konkurrierende Komplementärgarantie" und "Muttergrundrecht" (5) materialiter auch die einzelnen Grundrechte der Art. 3 - 19 GG selbst umschließt, die materiell bloße Konkretisierungen des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit sind und nur rechtstechnisch den Charakter einer Sondernorm haben (6).

(1) AöR Band 82, S.250 ff (274).

(2) 2. Aufl., S.168.

(3) Wehrhahn, AöR Band 82, S.250 ff (257).

(4) BVerfGE Band 6, S.32 ff (36,42); Band 9, S.73 ff (77); Band 13, S.97 ff (104); BVerwGE Band 7, S.168 ff (172); Bachof, JZ 1957, S.337 rechts; Josef Marquard Wintrich, Zur Auslegung und Anwendung des Art.2 Abs.1 GG, in: Staat und Bürger, Festschrift für Willibald Apelt, München und Berlin 1958, S.1 ff (8).

(5) vgl. Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, S.6.

(6) vgl. Bachof, in: Die Grundrechte, Band 3, S.155 ff (167, 177 f); derselbe, Zum Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1958, S.468 ff (469), linke Spalte; Dipper, Bedürfnisprüfung im Gaststättengewerbe nach dem Bonner GG, NJW 1952, S.601; Dürig, AöR Band 79, S.80; derselbe, in: Maunz-Dürig, Art.2 Anm.5 ff; Huber, DÖV 1956, S.141, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1, S.661; Krüger, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl.1950, S.625 ff (626);

Für den umfassenden materiellen Gehalt des Art. 2 GG gegenüber den Sondergrundrechten spricht der Wortlaut der Bestimmung. Es kann nicht in Zweifel gezogen werden, daß die in Art. 12 GG garantierte Berufsfreiheit, wäre sie nicht ausdrücklich normiert, von der Garantie der freien Entfaltung der Persönlichkeit des Art. 2 GG mit erfaßt würde. Das gilt in gleichem Maße für die anderen Einzelgewährleistungen, die alle nur Teilbetätigungsbereiche der freien Entfaltung der Persönlichkeit regeln. Vom Wortlaut her ist es deshalb allein richtig, in den einzelnen Grundrechten materialiter bloße Konkretisierungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Art. 2 GG zu sehen.

Das schließt wiederum im Verhältnis des Art. 2 GG als *Lex generalis* zu den Einzelgrundrechten als *Leges speciales* nicht aus, daß, soweit das Grundgesetz einen menschlichen Betätigungsbereich durch eine spezielle Grundrechtsnorm geschützt hat, im konkreten Falle die spezielle Grundrechtsnorm der allgemeinen des Art. 2 GG vorgeht und als die maßgebende herangezogen werden muß. So hat auch das Bundesverfassungsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung (1) Art. 2 GG gar nicht erwähnt. Allein aus der rechtstechnischen Spezialität des Art. 12 GG gegenüber Art. 2 GG läßt sich die Problematik lösen, die sich aus der Qualifizierung des Art. 2 GG als allgemeines Menschenrecht gegenüber Art. 12 GG als bloßem Deutschenrecht ergibt. Es ist durchaus möglich, daß eine Spezialnorm gegenüber der Grundnorm einschränkende Wirkung hat. Wenn Art. 12 GG den besonderen Lebensbereich der beruflichen Betätigung speziell und abschließend regelt - was heute allgemein anerkannt ist - und die Freiheitsgewährung auf den deutschen Bürger

Richard Naumann, Grundlagen und Grenzen der Berufsfreiheit, JZ 1951, S. 426; Oppermann, Gaststättenbedürfnis und Grundrechtsauslegung, AöR Band 80, Heft 4, S. 470; Wernicke, in: Bonner Kommentar, Art. 2 GG Anm. 2b; BVerfGE Band 9, S. 83 ff (88/89); Band 13, S. 97 ff (104), Urt. des OVG Münster vom 6. 5. 1954, DVBl. 1954, S. 647 ff (648); nach der Ansicht Scheuners (Handwerksordnung und Berufsfreiheit, Dtsch. Hdwerksbl. 1955, S. 361/362) ist Art. 12 nicht als Unterfall des Art. 2 GG anzusehen. Das schließt jedoch nicht aus, daß die in Art. 2 Abs. 1 GG genannten Schranken bei der Interpretation der Grundrechte ergänzend herangezogen würden. Die in Art. 2 Abs. 1 GG vorgezeichneten Schranken der persönlichen Entfaltungsfreiheit haben "eine allgemeine, für alle Grundrechte paradigmatische Bedeutung" (S. 388, linke Spalte); vgl. auch Scheuner, DÖV 1956, S. 65 ff (69 oben).

(1) BVerfGE Band 7, S. 377 ff.

beschränkt, so sind Ausländer folgerichtig von der Garantie des Art.12 GG ausgeschlossen. Es wäre auch schwerlich einzusehen, wenn das Grundgesetz Ausländern mehr Rechte einräumen würde als den eigenen Bürgern, die der Sonderregelung des Art.12 GG mit der Einschränkungsmöglichkeit gem. Art. 12 Abs.1 Satz 2 GG unterworfen sind.

Art.12 Abs.1 GG regelt demnach die Berufs- und Gewerbefreiheit abschließend. Gegenüber Art.2 GG ist Art.12 GG für den Lebensbereich der beruflichen Betätigung zumindest auf der Freiheitsseite als die Spezialnorm allein maßgebend. Für den Bereich der Berufsfreiheit lassen sich aus Art.2 Abs.1 GG über Art.12 Abs.1 GG hinausgehende Freiheiten nicht herleiten.

2) Der Generalvorbehalt des Art.2 Abs.1 GG im Verhältnis zu Art.12 GG

a) Der Generalvorbehalt des Art.2 Abs.1 GG,

insbesondere der Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung

Für die Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung kann, wenn auch nicht ausschließlich, so doch hier allein maßgebend, der Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung Bedeutung erlangen. Nur über diesen läßt sich eine gegen den einzelnen Grundrechtsträger gerichtete Maßnahme im Interesse der Allgemeinheit rechtfertigen.

aa) Der Vorbehalt der Rechte anderer bedeutet, daß das Freiheitsrecht jedes einzelnen seine Grenze dort findet, wo dessen Ausübung in den Geltungsbereich des gleichen Freiheitsrechts zugunsten eines anderen eingreift (1). Der Vorbehalt der Rechte anderer betrifft nur das Verhältnis der einzelnen Bürger untereinander, nicht aber das Verhältnis des einzelnen zur Allgemeinheit, das bei der Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung allein in Frage steht. Das ist heute allgemein anerkannt. Die Menschen werden hier primär auch nicht als Glied der Gemeinschaft angesprochen, sondern als "unabhängig voneinander existierende" (2), wenn auch gleich-

(1) Das Gebot der Achtung der Rechte Dritter ist im Verfassungsrecht keineswegs neu; es war stets ein Grundsatz der rechtsstaatlichen Ethik, die Grenzen der Freiheit des einzelnen an der gleichen Freiheit der anderen zu messen (vgl. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Band 1, S.666).

(2) Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, S.25.

zeitig der Gemeinschaft verpflichtete (1) Einzelpersonlichkeiten. Der Vorbehalt der Rechte anderer ist als praktische Anwendung des Gleichheitssatzes (2) auf gleiche Gewährleistung derselben Rechtsposition gerichtet und versagt daher weitestgehend gerade dann, wenn es - wie hier - um den Ausgleich gegensätzlicher Interessen geht, das Problem der sozialen Einung.

- bb) Aus dem Vorbehalt des Sittengesetzes läßt sich für die Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung ebenfalls nichts gewinnen. Daß ein Zusammenleben auf dem Boden sozialer Gerechtigkeit nur unter Beachtung des Sittengesetzes möglich ist, versteht sich von selbst. Andererseits erlangt das Sittengesetz keine eigene Wirksamkeit neben der Wertordnung des Rechts, sondern bildet vielmehr deren Kern (3).
Für das Wirtschaftsrecht bedeutet der Vorbehalt des Sittengesetzes die Aufrechterhaltung des schon in Art.152 Satz 2 und 3 WeimRV enthaltenen Satzes, daß sittenwidrige, insbesondere wucherische Rechtsgeschäfte nichtig sind. Darüber hinaus wird der Gesetzgeber durch den Vorbehalt ermächtigt, im Wirtschaftsverkehr auftretende Handlungen, die einen sittenwidrigen Mißbrauch der grundgesetzlichen Freiheit darstellen würden, allgemein zu verbieten oder durch Nichtigkeits-, Unterlassungs- oder Schadenersatzklagen zu diskriminieren (4). Diese Gesichtspunkte ergeben jedoch nichts für die Frage der Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung.
- cc) Maßgebend für den Interessenausgleich zwischen Einzelperson und Allgemeinheit ist der Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung, dessen Auslegung und Geltungsbereich allerdings nach wie vor umstritten sind.
- ~) Die Ansicht, die unter dem Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung die gemäß der Verfassung geschaffene Rechtsordnung, d.h. alle in verfassungsmäßigem Verfahren formell einwandfrei zustande gekommenen Gesetze versteht, ist überwunden (5). Bei dieser Auslegung

-
- (1) Gerber, Das Problem öffentliches und privates Recht, Vortrag, 1958, als Manuskript vervielfältigt, S.12 ff; derselbe, Die Sozialstaatsklausel, AöR, Band 81, S.37 ff.
- (2) Krüger, NJW 1955, S.201 ff (203 links).
- (3) Gerber, AöR, Band 81, S.40.
- (4) vgl.im einzelnen Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1, S.664 ff.
- (5) Diese zunächst vor allem von v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 1. Aufl. 1953, Anm.2, vorletzter Absatz, zu Art.2 GG, S.47, vertretene

würde der Vorbehalt dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt gleichkommen und nichts anderes als eine Umschreibung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Rechtsprechung sein und die Bindung des Gesetzgebers an das Grundgesetz (Art.1 Abs.3 GG) mißachten.

- ß) Der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung in Art.2 Abs.1 GG ist auch nicht in dem engeren politischen Sinne der "freiheitlich-demokratischen Grundordnung" zu verstehen, welcher ihm in den Art.18, 21 und 91 GG zukommt. Der Versuch einer solchen Deutung des Begriffes würde zwar den Bestrebungen möglichst übereinstimmender Auslegung der im Grundgesetz an verschiedenen Stellen verwendeten Begriffe entsprechen. In den Art.18, 21 und 91 GG steht jedoch der Gedanke des Verfassungsschutzes im Vordergrund, während es in Art.2 Abs.1 GG um die dem einzelnen Freiheitsrecht von Verfassung wegen gezogenen Schranken geht (1).
- γ) Der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung umfaßt nach insoweit übereinstimmender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung (2) die elementaren Verfassungsgrundsätze und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers, wozu wiederum nicht nur die geschriebenen,

Ansicht wurde in der 2. Aufl. von v. Mangoldt-Klein, 1957, inzwischen aufgegeben, vgl. dort Anm.IV 2 a zu Art.2 GG, S.181; sie ist auch noch von Günther Schnupp, Auskunftsrecht der Polizei, DÖV 1954, S. 172 ff (175) unter Berufung von von Mangoldt-Klein, 1. Aufl., ebenda, vertreten worden.

- (1) vgl. Scheuner, Handwerksordnung und Berufsfreiheit, Dtsch.Hdwerksbl. 1955, Heft 21, S.390, mittlere Spalte; von Mangoldt-Klein, 2. Aufl., Art.2 Anm.IV 2 a b, S.182; BVerfGE Band 6, S.32 ff (38).
- (2) vgl. hierzu von Mangoldt-Klein, 2. Aufl., Anm.IV 2 a zu Art.2; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1, S.662; Naumann, JZ 1951, S.427; Wernicke in Bonner Kommentar, Anm.II 2 c zu Art.9; Über, Freiheit des Berufes, S.63; Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S.23; Maunz, S.99; Hamann, Das Grundgesetz, Art.2 Anm.B 6, S.80 f mit weiterer Literatur; Gutachten des BGH vom 28.4.1952, DVBl.1953, S. 471; BGHSt Band 7, S.222 ff (227), BGHSt Band 9, S.285 ff (286); BVerfGE Band 6, S.32 ff (38); bad. VGH, DVBl. 1951, S.635 ff (636).

sondern auch die ungeschriebenen Grundsätze unserer Verfassung gehören, die von dem Grundgesetz als geltend anerkannt werden und denen daher die gleiche Geltungskraft zuzusprechen ist wie den positiv normierten Verfassungssätzen. Es ist nie bestritten worden, daß auch ein Verfassungssystem von stark rechtsstaatlichem Charakter ungeschriebene Fundamentalsätze enthält, die vom positiven Verfassungstext in ihrer verbindlichen Geltung mitgedacht sind (1). Dazu gehören auch die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts (2). Zu den Verfassungsprinzipien überpositiver Art ist, soweit gerade das Recht der Wirtschaftsverfassung in Frage steht, auch der Satz zu rechnen, daß "freiheitsbeschränkende (Zwangs-) Gesetze zulässig sind, wenn überragende Forderungen des Gemeinwohls gewahrt werden sollen" (3). Dieser Grundsatz, der in Art.151 Abs.2 WeimRV Ausdruck gefunden hatte, wurde damals schon als selbstverständlich bezeichnet (4).

Zu den elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers gehört auch das Sozialstaatsprinzip, wie es in Art.20 Abs.1 und Art.28 Abs.1 GG Ausdruck gefunden hat (5). Eine Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers, die nach der Verfassung ausdrücklich jeder späteren Abänderung entzogen ist (vgl. Art.79 Abs.3 GG), gehört zu deren tragenden Prinzipien. Das Sozialstaatsprinzip, das jede Grundrechtsbestimmung unmittelbar modifiziert, kommt daher zusätzlich auch über den Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung zum Tragen. Für Eingriffe in ein Grundrecht im Interesse der Allgemeinheit sind daher über den Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung die gleichen Grundsätze maßgebend,

-
- (1) so für das Grundgesetz, BVerfGE Band 1, S.97 ff; vgl. ferner die beiden Referate von Ernst v. Hippel und Alfred Voigt sowie die Aussprache über das Thema "Ungeschriebenes Verfassungsrecht", Veröff.d. VDStRL Heft 10, 1952, S.1 ff, 34 ff, 46 ff.
 - (2) vgl. FN 2 auf S.61.
 - (3) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1, S.663; derselbe, DÖV 1956, S.136; auch Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft, S.17 f.
 - (4) Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar, 13. Aufl., Berlin 1930, Art.151 Anm.2.
 - (5) BVerfGE Band 10, S.354 ff (363).

wie sie für den Regelungsvorbehalt des Art.12 Abs.1 Satz 2 GG aus der Sozialstaatsklausel entwickelt wurden (1).

- dd) An diesem Ergebnis vermag auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 16.1.1957 (Elfes-Urteil) (2) nichts zu ändern. Dort hat das Bundesverfassungsgericht als verfassungsmäßige Ordnung im Sinne des Art.2 GG "die verfassungsmäßige Rechtsordnung, d.h. die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind", bezeichnet. Diese Formulierung des Gerichts hat zum Teil lebhaftere Kritik hervorgerufen (3), die im wesentlichen dahin geht, daß es im grundgesetzlichen System selbstverständlich sei, daß nur eine formell und materiell verfassungsmäßige Rechtsnorm zur allgemeinen Rechtsordnung gehöre und daß die vom Bundesverfassungsgericht geprägte Formel dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt gleichkomme, ein Ergebnis, das in der Tat bedenklich wäre. Diese Kritik ist jedoch unbegründet.

Die vom Bundesverfassungsgericht gewählte Formulierung deckt sich nicht mit der oben (unter α) (4) genannten und abgelehnten Auffassung vom Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung. Während dort das bloß formell einwandfreie Zustandekommen des Gesetzes genügen sollte, hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich darauf abgestellt, daß das Gesetz auch materiell der Verfassung gemäß sein muß; ein Unterschied, auf den es entscheidend ankommt. Durch die Forderung nicht

-
- (1) Die Prinzipien der Subsidiarität und Proportionalität des einzelnen Grundrechtseingriffs, wie sie das Bundesverfassungsgericht entwickelt hat, gelten auch für einen Eingriff auf Grund des Vorbehalts der verfassungsmäßigen Ordnung. Das ergibt sich einmal aus dem Freiheitsbegriff des Grundgesetzes (vgl. oben S.16 ff.) zum anderen hier für die Versicherungsaufsicht auch aus dem überpositiven Verfassungsgrundsatz, daß freiheitsbeschränkende Gesetze zulässig sind, wenn überragende Forderungen des Gemeinwohls gewahrt werden müssen.
- (2) BVerfGE Band 6, S.32 ff = JZ 1957, S.167 ff.
- (3) Hamann, "Die verfassungsmäßige Ordnung", Zugleich eine Stellungnahme zu dem Urt. des Bundesverfassungsgerichts vom 16.1.1957, BB 1957, S.229 ff; Wolfram Rohde-Liebenau, (Kurzbeitrag) NJW 1957, S.817 f; J.G.Schätzler, (Kurzbeitrag) NJW 1957, S.818 f; vgl. andererseits die Besprechung des Urteils von Dürig, JZ 1957, S.169 ff; vgl. ferner Maunz, Staatsrecht, S.99 f.
- (4) vgl. oben S.60.

nur der formellen, sondern auch der materiellen Verfassungsmäßigkeit wird jede Norm gleichzeitig zwingend den materiellen Normen der Verfassung und deren Grundsätzen unterstellt, die der Gesetzgeber bei der Normsetzung zu beachten hat. Sie sind für ihn Richtschnur und Auftrag zu gesetzgeberischer Tätigkeit zugleich. Die Verfassung allein reicht nicht aus, die komplizierte Vielheit der Lebensformen zu erfassen und ein gedeihliches Zusammenleben zu garantieren, so daß es neben der Verfassung weiterer Gesetze bedarf, die ihrerseits unter der Verfassung stehen und deren Grundsätze respektieren. Soweit diese formell und materiell im Einklang mit der Verfassung stehen, werden sie selbst zum Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung und schaffen damit den Bestand von Normen, in deren Grenzen sich der einzelne innerhalb der Ordnung frei bewegen kann. Sie begründen jedoch nicht neue Grundrechtsschranken, sondern füllen nur in zulässiger Weise die von Verfassungs wegen gezogenen Grenzen deklaratorisch aus (1). Dazu gehören auch die Gesetze, die auf Grund eines allgemeinen Gesetzesvorbehalts erlassen werden, denn auch der Gesetzesvorbehalt beruht auf dem Grundgesetz.

Es bedarf der strengen - in der Kritik an dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts nicht immer klar zum Ausdruck gekommenen - Trennung zwischen dem Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung, als der Vielzahl von Normen, die der Verfassung gemäß sind, und dem Begriff der Verfassungsmäßigkeit, nach dem sich entscheidet, ob eine Norm bzw. ein Gesetz dieser (verfassungsmäßigen) Ordnung angehört. Die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit wird allein an den Rechtssätzen der Verfassung entschieden, ohne Heranziehung der neben der Verfassung bestehenden einfachen Gesetze. Jede Norm und jedes einfache Gesetz muß der Prüfung an der Verfassungsmäßigkeit standhalten, um dem Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung angehören zu können.

Die verfassungsmäßige Ordnung als der Inbegriff der formell und materiell der Verfassung gemäßen Gesetze ist bereits das Ergebnis ordnungsgemäßer gesetzgeberischer Tätigkeit, die Verfassungsmäßigkeit ist die normative Voraussetzung dafür und damit der Vorbehalt, unter dem jedes Gesetz steht.

Wenn daher das Bundesverfassungsgericht als verfassungsmäßige Ordnung alle Normen bezeichnet, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind, so hat es dadurch die schon vorher bestehenden Grundsätze

(1) vgl. hierzu BVerfGE Band 13, S. 97 ff (122).

nicht in Frage gestellt. Was verfassungsmäßig ist, wird nach wie vor nur an der Verfassung gemessen, nicht aber an den Normen der einfachen Gesetze. Die Formulierung des Bundesverfassungsgericht kommt daher nicht dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt gleich und bringt keine Erweiterung der Eingriffsbefugnisse für den Gesetzgeber im Verhältnis zu den bereits erarbeiteten Grundsätzen.

b) Der Generalvorbehalt des Art.2 Abs.1 GG im Verhältnis zu Art.12 GG
Es könnte dahinstehen, in welchem Verhältnis der Vorbehalt des Art.2 Abs.1 GG zu dem Regelungsvorbehalt des Art.12 Abs.1 Satz 2 GG steht, da der Umfang der sich für den Gesetzgeber ergebenden Ermächtigung zu Eingriffen in das Grundrecht der Berufsfreiheit auf Grund der Sozialstaatsklausel und auf Grund des Vorbehalts der verfassungsmäßigen Ordnung der gleiche ist. Die Sozialstaatsklausel ist Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung. Aus dem soeben Gesagten ergibt sich aber bereits der Geltungsbereich des Generalvorbehaltes des Art.2 Abs.1 GG im Verhältnis zu Art.12 GG.

Wenn alle Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind, zum Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung gehören, so gehören dazu auch die Normen, die auf Grund des Regelungsvorbehaltes des Art.12 Abs.1 Satz 2 GG erlassen werden, denn auch diese müssen, um gültig zu sein, formell und materiell mit der Verfassung übereinstimmen (1). Der Regelungsvorbehalt des Art.12 Abs.1 Satz 2 GG kann den Gesetzgeber grundsätzlich nicht zu etwas ermächtigen, was nicht zur Aufrechterhaltung der verfassungsmäßigen Ordnung - oder zur Wahrung der Rechte anderer oder des Sittengesetzes - erforderlich wäre. Andernfalls könnte eine auf Grund des Art.12 Abs.1 Satz 2 GG ergangene gesetzgeberische Maßnahme zulässigerweise außerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung stehen und die Rechte anderer oder das Sittengesetz verletzen, und das kann nicht sein. Der Bürger hat nicht nur bei der Inanspruchnahme des Freiheitsrechts des Art.2 GG die verfassungsmäßige Ordnung, das Sittengesetz und die Rechte anderer zu respektieren, sondern immer, gleichgültig auf welches Einzelgrundrecht er sich beruft. Unter dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung, des Sittengesetzes und der Rechte anderer stehen - trotz aller systematischen Bedenken - alle Grundrechte, gleichgültig, ob das einzelne Grundrecht einen speziellen Gesetzesvorbehalt enthält oder nicht (2).

(1) so z.B. auch BVerfGE Band 9, S.83 ff (88).

(2) vgl. oben FN 6) auf S.57/58.

Diese Auffassung stimmt mit der Ansicht Dürigs (1) nicht überein. Dürig anerkennt den Vorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG nur für das Grundrecht des Art. 2 GG bei strenger Verneinung der direkten Geltung für alle Grundrechte, sieht aber in dem Generalvorbehalt einen "Verfassungsvorbehalt zur Interpretation immanenter Grundrechtsschranken" und leitet daraus elementare Nichtstörungspflichten für alle Grundrechte her.

Die Heranziehung des Generalvorbehaltes des Art. 2 Abs. 1 GG als "Verfassungsvorbehalt zur Interpretation immanenter Grundrechtsschranken" hat grundsätzlich keine Bedenken gegen sich. Auch die Lehre von den immanenten Grundrechtsschranken vermag keine über das Grundgesetz hinausgehenden Grundrechtsbeschränkungen zu schaffen. Sie besagt nur, daß auch vorbehaltlos formulierte Grundrechte nicht ohne jegliche Bindungen sind. Diese Bindungen müssen sich jedoch aus dem Grundgesetz ergeben. In dem Generalvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG kann der Ausdruck für solche Gemeinschaftsbindungen gefunden werden.

Dürig kann aber insoweit nicht gefolgt werden, als er dem Vorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG gegenüber den anderen Grundrechten einen anderen Sinngehalt geben will als gegenüber der Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 1 GG selbst. Wenn Dürig die Vorbehaltsschranke des Art. 2 Abs. 1 GG zur Abgrenzung der anderen Grundrechte interpretatorisch heranziehen will, so muß er tatsächlich auch den Vorbehalt in der im Rahmen des Art. 2 GG gewonnenen Bedeutung als Auslegungsgrundsatz verwenden. Durch die von ihm gewählte Beschränkung des Vorbehaltes gegenüber den anderen Grundrechten auf die Einhaltung bloßer elementarer Nichtstörungspflichten legt er nicht die Grundrechte unter Heranziehung des Vorbehalts des Art. 2 Abs. 1 GG aus, sondern gibt dem Vorbehalt einen neuen, zweiten Sinngehalt und benutzt diesen zur Ermittlung der Grundrechtsschranken. Es ist nicht mehr der Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung, der zur Auslegung der Einzelgrundrechte herangezogen wird, sondern eben eine Nichtstörungsklausel (2), die diesem gegenüber ein aliud darstellt. Dürig bleibt letztlich die Begründung schuldig, wieso - wenn nicht, um induktive Belege für die Gemeinschaftsbindungen zu haben - dem Vorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG von Verfassungs wegen zwei verschiedene Bedeutungen zukommen sollen. Die Tatsache der Anwendung auf die einzelnen Grundrech-

(1) vgl. Maunz-Dürig, Art. 2 Anm. 69 ff.

(2) Dürig, Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen, AöR Band 79, S. 57 ff; Huber, DÖV 1956, S. 135/136.

te vermag jedenfalls eine gegenüber Art. 2 GG verschiedene inhaltliche Begrenzung des Generalvorbehaltes nicht zu rechtfertigen. Schließlich hat der Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung in Art. 2 Abs. 1 GG und bei der Anwendung auf die Einzelgrundrechte die gleiche Funktion und den gleichen Adressaten.

Darüber hinaus wird man der Ansicht Dürigs entgegenhalten müssen, daß auch ohne die Gewinnung elementarer Nichtstörungsschranken aus dem Vorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG unbeschränkt formulierte Freiheiten nicht ohne jede Gemeinschaftsbindungen sind. Wenn nicht über den Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung die Sozialstaatsentscheidung der Verfassung zum Tragen kommt, so kann man deren unmittelbare Anwendung nicht ausschließen. Einem Verfassungssatz, der der Verfassungsänderung entzogen ist (Art. 79 Abs. 3 GG), kann zumal dann, wenn er inhaltlich zur Modifizierung der Grundrechte prädestiniert ist, nicht die Wirkung auf die Grundrechte versagt werden (1). Warum soll deshalb die Sozialstaatsentscheidung der Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG "zur Aufdeckung der für alle Grundrechte geltenden Schranken" nicht anwendbar sein? (2)

Darüber, ob Dürig alle Grundrechte direkt der Sozialstaatsklausel unterstellen will, liegt - soweit ersichtlich - eine Äußerung noch nicht vor. Dürig in Maunz-Dürig (3) spricht nur von der Bedeutung der Sozialstaatsklausel im Rahmen des Generalvorbehaltes des Art. 2 Abs. 1 GG; die Erläuterungen des Kommentars zu Art. 20 und 28 GG sind noch nicht erschienen. Bei direkter Wirksamkeit der Sozialstaatsklausel auf die einzelnen Grundrechte bedarf es jedenfalls der Einschränkung der einzelnen Grundrechte durch elementare Nichtstörungspflichten nicht. Andererseits wird Dürig dann aber kaum unter Außerachtlassung der in der Sozialstaatsklausel auch enthaltenen Ermächtigung zur Sozialgestaltung die Eingriffsbefugnisse des Gesetzgebers bei Grundrechten ohne einen ausdrücklich normierten Vorbehalt nur auf die Nichtstörungspflichten beschränken und dem Gesetzgeber insoweit die Sozialgestaltung versagen können.

(1) vgl. z.B. Maunz, S. 100.

(2) vgl. Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2 Anm. 70 b.

(3) vgl. Art. 2 Anm. 24 und 25.

V. Ergebnis

Die für die Dreistufentheorie maßgebenden materiellen Verfassungsgrundsätze sind aus der Sozialstaatsklausel (Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG) zu gewinnen, die unmittelbar modifizierende Wirkung auf alle Grundrechte hat. Sie ermächtigt den Gesetzgeber zu berufsregelnden Maßnahmen nicht nur zum Zweck der Gefahrenabwehr, sondern darüber hinaus auch zur Wirtschafts- und Sozialgestaltung. Nach den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätzen ist der Gesetzgeber zu gestaltenden Maßnahmen allerdings nur im Bereich der ersten und zweiten Stufe ermächtigt. Im Bereich der dritten Stufe ist er auf bloße Gefahrenabwehr beschränkt.

Der Vorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG gilt grundsätzlich nur für das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG. Er hat lediglich insoweit für alle Grundrechte Geltung, als alle Gesetze die verfassungsmäßige Ordnung, die Rechte Dritter und das Sittengesetz zu achten haben. Die Sozialstaatsklausel ist Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung und wird auch über den Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung wirksam. Eine weitere, über die durch die Sozialstaatsklausel gesteckte Grenze hinausgehende Ermächtigung zu Eingriffen in ein Grundrecht kann aus dem Generalvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG nicht hergeleitet werden.

II. HAUPTTEIL

DIE VEREINBARKEIT DER BEDÜRFNISPRÜFUNG NACH § 8 ABS.1 ZIFF.3 VAG MIT DEM GRUNDGESETZ

6. Kapitel

DER BEDRÜFNISBEGRIFF IN § 8 ABS.1 ZIFF.3 VAG

I. Der Begriff des Bedürfnisses im allgemeinen Sprachgebrauch

"Bedürfnis" bedeutet im allgemeinen Sprachgebrauch, abgesehen von dem Bedürfnis nach Ruhe, Erholung oder ästhetischem Genuß usw., einen Bedarf im wirtschaftlichen Sinne. Es wird etwas Zusätzliches benötigt, dessen Fehlen als Mangel fühlbar geworden ist. Bedürfnisbefriedigung im Bereich der Volkswirtschaft ist das Gewähren eines Mehr gegenüber dem bereits Vorhandenen und ihrem Inhalt und Zweck nach ein rein wirtschaftlicher Vorgang. Die Feststellung, daß "kein Bedürfnis" bestehe, bedeutet, daß ein zusätzliches Verlangen nicht besteht, etwas Zusätzliches mangels entsprechenden Bedarfs nicht gewünscht wird.

Das Fehlen eines Bedürfnisses heißt jedoch nicht, daß die Schaffung von etwas Zusätzlichem verhindert werden soll, ja daß geradezu gefordert wird, die Allgemeinheit vor etwas Zusätzlichem zu schützen. Eine solche Auslegung des Begriffes ist vom Wort her nicht möglich. Das Bedürfnis ist zwangsläufig immer auf eine positive Veränderung gerichtet. Eine Gemeinschaft, die kein Bedürfnis äußert, kann der Schaffung von etwas Zusätzlichem völlig gleichgültig gegenüberstehen oder das Zusätzliche ablehnen. Ob das Zusätzliche dann dennoch geschaffen werden soll, ist keine Frage des Bedürfnisses mehr, sondern gehört in den Bereich wirtschafts- und marktpolitischer Überlegungen, für die der effektive wirtschaftliche Bedarf nicht mehr oder nicht mehr entscheidend maßgebend ist.

II. Der Bedürfnisbegriff in der Gesetzessprache

Der Begriff des Bedürfnisses in der Gesetzessprache hat sich mit wenigen Ausnahmen (1) von dieser rein vom Sprachlichen herkommenden Deutung des

(1) Z.B. § 105 e Abs.1 der GewO von 1869, eingeführt durch die Novelle

Begriffs völlig losgelöst und ist im Laufe der Jahrzehnte wiederholt mit anderem Inhalt gebraucht worden. Nicht zuletzt gerade in dem Sinne, daß die Feststellung, es bestehe kein Bedürfnis, gleichgesetzt wurde mit dem Verlangen, die Schaffung von etwas Zusätzlichem zu verhindern und die Allgemeinheit vor etwas zu schützen. Die Bedürfnisprüfung ist dadurch im Verwaltungsrecht zum selbstverständlichen Mittel der Interessenabwägung geworden und hat sich in dieser Aufgabe als sogenannte "unechte Bedürfnisprüfung" bewährt.

Der Interessenausgleich ist dem Begriff der Bedürfnisprüfung im Rechtssinne wegensmäßig eigen. Verlöre sie diese Eigenschaft, so würde sie eine inhaltliche Änderung erfahren oder nicht mehr Bedürfnisprüfung sein. Allerdings findet der tatsächliche wirtschaftliche Bedarf insoweit Berücksichtigung, als die Ablehnung einer Zulassung wegen mangelnden Bedürfnisses bei Vorliegen eines tatsächlichen Bedarfs für die Neugründung regelmäßig nicht möglich sein wird. Die Diskrepanz zwischen der wörtlichen Bedeutung und der juristischen Auslegung des Begriffes bestand schon vor Inkrafttreten des Grundgesetzes und hat - bei aller Problematik der Güterabwägung im einzelnen - keineswegs zu einem Zustand der Rechtsunsicherheit geführt. Vielmehr hat die Rechtsprechung im Laufe der Jahre zu den einzelnen Bedürfnisbestimmungen Grundsätze herausgearbeitet, die das Institut der Bedürfnisprüfung zu einem praktikablen Rechtsbegriff werden ließen.

Die Interessenabwägung kann u. a. insbesondere zwischen dem Interesse des Zulassungsantragstellers und privatwirtschaftlichen Interessen der bereits bestehenden Wirtschaftsträger stattfinden. Ihr Ziel ist dann, die Rentabilität der

vom 30.6.1900 (RGBl. I, S.321): "Für Gewerbe, deren vollständige oder teilweise Ausübung an Sonn- und Festtagen zur Befriedigung täglicher oder an diesen Tagen besonders hervortretender Bedürfnisse der Bevölkerung erforderlich ist..., können durch Verfügung der höheren Verwaltungsbehörde Ausnahmen von den in § 105 b GewO geschaffenen Bestimmungen zugelassen werden.

Vgl. auch BVerwG, Urt. vom 29.5.1957 (BVerwG I c 212/54) zur öffentlichen Anstellung von Sachverständigen nach § 36 Abs.3 GewO i. d. F. d. VO des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 5.6.1931, Siebenter Teil, Kapitel VI (RGBl. I, 279 (313) i. V. m. der AO des R. u. Pr. WiM. und des R. u. Pr. VM vom 9.6.1937 (R. u. Pr. StAnz. Nr. 132), NJW 1957, S.1248 f; vgl. ferner Art.72 Abs.2 GG.

bereits bestehenden alten Unternehmen gegenüber neu aufkommender Konkurrenz zu sichern. Der Bedürfnisvorbehalt soll hier verhindern, daß durch unbegrenzte Zulassung neuer Konkurrenten die privaten Interessen der bestehenden Unternehmen gefährdet werden.

Es können aber auch die allgemeinen Interessen an der Erhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und der allgemeinen Wohlfahrt oder die allgemeinen volkswirtschaftlichen Interessen an der Erweiterung der Kapazität des betreffenden Wirtschaftsapparates eine Bedürfnisprüfung begründen. Sie ist dann gewerbe- oder wohlfahrtspolizeiliche Maßnahme mit dem Zweck, Auswüchse einer zu starken Übersetzung des Gewerbes oder Wirtschaftszweiges im Interesse der Allgemeinheit zu verhindern, oder sie ist über die bloße Abwehr hinausgehend ein Mittel der Wirtschaftsplanung und -lenkung.

Diese Unterscheidung ist heute von entscheidender Bedeutung, denn im privatwirtschaftlichen Interesse ist eine Bedürfnisprüfung heute schlechthin unzulässig (1), nachdem Art.12 Abs.1 GG die Berufs- und Gewerbefreiheit garantiert. Auch aus der sozialen Bindung der Freiheit kann eine Bedürfnisprüfung im privatwirtschaftlichen Interesse nicht gerechtfertigt werden, da die soziale Mitverantwortung des einzelnen nur der Allgemeinheit gegenüber besteht, nicht aber gegenüber einzelnen zu deren Schutz vor neu aufkommender wirtschaftlicher Konkurrenz, zur Erhaltung der Rentabilität des eigenen Unternehmens, des Einkommens und des Besitzstandes. Darüber hinaus würde auch ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art.3 GG vorliegen, da die Bedürfnisprüfung im privatwirtschaftlichen Interesse in ihrem Effekt zu einer willkürlichen Diskriminierung der neuen Bewerber führen würde (2).

Die Gefahr der Unrentabilität der Unternehmen kann heute nur noch dann Beachtung finden, wenn sie weiteste Unternehmerkreise betrifft und damit ein solches Ausmaß annimmt, daß daraus Gefahren für die Allgemeinheit entstehen, die dann die Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung rechtfertigen. Dann sind es aber nicht mehr die dem einzelnen Unternehmen drohenden Gefahren,

(1) Hans Jürgen Abraham, Der Meinungsstreit über die Zulassung der Bedürfnisprüfung und die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1954, S.561 ff (562); Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 63, 73; BVerfGE Band 7, S.377 ff (408); Band 11, S.168 ff (188/189); BVerwG, Urt. vom 24.5.1956, VRecht 1956, S.377 ff (379).

(2) vgl. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1, S.674

welche die Bedürfnisprüfung rechtfertigen, sondern Allgemeininteressen. Bei der einzelnen Maßnahme kann sich dabei die Frage stellen, ob den bereits vorhandenen Unternehmen, gerade um des allgmeinwirtschaftlichen Zweckes willen, ihr Besitzstand und ihre wirtschaftliche Rentabilität gewährleistet werden muß. Rein privatwirtschaftliche Interessen können jedoch niemals eine ablehnende Entscheidung der Aufsichtsbehörde auf einen Zulassungsantrag rechtfertigen.

III. Die Begründung der Einführung der Bedürfnisprüfung durch das Änderungsgesetz vom 5.3.1937

Die Einführung der Bedürfnisprüfung nach § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG durch das Änderungsgesetz vom 5.3.1937 (RGBl. I, S.269) wurde damit begründet, daß im allgemeinen jedes in Deutschland bestehende Versicherungsbedürfnis durch die vorhandenen Versicherungsunternehmungen befriedigt werden könne, daß jede Neugründung Kapital erfordere, die Arbeitsmöglichkeiten der vorhandenen Unternehmungen beenge, zu Ausspannungen führe, die Verwaltungskosten steigere und damit eher zu einer Verteuerung als zu einer Verbilligung des Versicherungsschutzes führe. Um eine einheitliche Anwendung der neuen Vorschrift zu gewährleisten, sollte das Bedürfnis im allgemeinen verneint und bei der Prüfung der örtlichen und gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse sollte ein strenger Maßstab angelegt werden. Hierbei sollten sowohl die Verhältnisse auf dem Gebiete der Versicherungswirtschaft als auch die Bedürfnisse der gesamten Volkswirtschaft berücksichtigt werden. Das Interesse der Gesamtwirtschaft gehe dem Einzelinteresse grundsätzlich vor. Nur besondere Umstände könnten im Einzelfalle eine Ausnahme rechtfertigen, wenn das Interesse der Gesamtwirtschaft nicht entgegenstünde. Grundsätzlich unvereinbar mit dem Interesse der Gesamtwirtschaft sei die Errichtung von Unternehmungen, deren Wirkungskreis auf einen Berufsstand oder einen Zweig desselben oder auf einen konfessionell oder sonstwie begrenzten Bevölkerungsteil beschränkt ist. Unternehmungen dieser Art führen zu einer Risikoauselese, die den gesunden Gesamtausgleich im Versicherungswesen verhindere und auch dem Gedanken der Volksgemeinschaft zuwiderlaufe. Sie lägen weder im Interesse der Versicherungswirtschaft noch der Volksgesamtheit. Eine Ausnahme könne nur zugelassen werden, wenn ein besonderes Berufswagnis durch bestehende Versicherungsunternehmungen nicht gedeckt werden könne (1).

(1) vgl. die vom RWM gem. § 8 Abs.2 VAG herausgegebenen Richtlinien zur Durchführung der Bedürfnisprüfung; Nr. 5 des Erlasses des RWM -

Diese Argumentation des Reichswirtschaftsministeriums könnte einmal dahin ausgelegt werden, daß die Bedürfnisprüfung die Rentabilität der bereits bestehenden Unternehmen gegenüber neu aufkommender Konkurrenz und damit die privatwirtschaftlichen Interessen der vorhandenen Unternehmer schützen sollte. Die Gesichtspunkte, daß jedes in Deutschland bestehende Versicherungsbedürfnis durch die vorhandenen Unternehmungen befriedigt werden könne, jede Neugründung die Arbeitsmöglichkeiten der vorhandenen Unternehmungen beenge, zu Ausspannungen führe, dadurch die Verwaltungskosten steigere und deshalb eher zu einer Verteuerung als zu einer Verbilligung des Versicherungsschutzes führe, lassen diese Auslegung naheliegend erscheinen.

Die Bedürfnisprüfung gemäß § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG ist jedoch nicht als solche im privatwirtschaftlichen Interesse anzusehen (1). Die in der Begründung genannten Gesichtspunkte, die für eine privatwirtschaftliche Bedürfnisprüfung sprechen könnten, sind im Zusammenhang mit den anderen Argumenten des Reichswirtschaftsministeriums zu würdigen. Es sind Gesichtspunkte einheitlicher Wirtschaftslenkung und -planung, wenn, ausgehend von einer grundsätzlichen Sättigung des Marktes, im Interesse einer einheitlichen Anwendung der Bedürfnisbestimmungen das Bedürfnis grundsätzlich verneint und ein strenger Maßstab angelegt werden soll, wenn sowohl die Verhältnisse in der Versicherungswirtschaft als auch die Bedürfnisse der gesamten Volkswirtschaft berücksichtigt werden sollen, und wenn ferner die Gründung berufsständisch oder konfessionell orientierter Versicherungsgemeinschaften grundsätzlich zu unterbinden sei (2). Darüber hinaus entspricht die Qualifizierung der Bedürf-

I 12849/37 - vom 24.4.1937, betreffend Behandlung von Anträgen auf Neuerrichtung, Erweiterung oder Bestandsübertragung von Versicherungsunternehmen, MinBl.f. Wirtschaft 1937, S.119 ff, abgedruckt in Fromm, § 8 VAG Anm.2b, S.79/30; vgl. auch Finke-Pfeiffer, S.116; Büchner, S.31 ff.

- (1) so im Ergebnis auch Arno Eberhard, Prüfung der Bedürfnisfrage bei Neuzulassung von Versicherungsunternehmen, VRecht 1953, S.10 ff (12).
- (2) vgl. Erich R. Prölss, Versicherungsaufsichtsgesetz und Nebengesetze, 3. Aufl., § 8 VAG Anm.14; Gerhard Schattschneider, Das Versicherungsaufsichtsrecht in seiner Entwicklung von der Reichsaufsicht zur Bundesaufsicht, Diss.jur. Hamburg 1951, S.198; Eberhard, VRecht 1953, S.11; Wolfgang Neugebauer, Ist die Bedürfnisprüfung bei der Zulassung von Versicherungsunternehmen mit dem Grundgesetz vereinbar?, ZfV 1952, S. 454; Karl Bischoff, Die Selbstversicherung als versicherungs- und volks-

nisprüfung gem. § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG als wirtschaftslenkende Maßnahme allein dem im Jahre 1937 herrschenden System zentraler Wirtschaftslenkung. Schließlich ergibt sich der wirtschaftslenkende Charakter der Bestimmung des § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG unmittelbar aus dem Wortlaut der Norm, der Pflicht zur Berücksichtigung der "örtlichen und gesamtwirtschaftlichen Bedürfnisse".

Dabei sind für das örtliche Bedürfnis die besonderen Verhältnisse maßgebend, die für das Versicherungsschutzbedürfnis einerseits und seine Befriedigung andererseits innerhalb eines bestimmten Gebietes maßgebend sind (1). Das gesamtwirtschaftliche Bedürfnis wird von zwei Gesichtspunkten maßgebend bestimmt. Einmal "durch die Nachfrage der Versicherungsschutz suchenden wirtschaftenden Betriebe und Einzelpersonen und durch die Notwendigkeit und das Ausmaß, mit dem diesem Versicherungsbedürfnis im Interesse der Volkswirtschaft Rechnung getragen werden muß", zum anderen "durch die vorhandenen Möglichkeiten, mit Hilfe der bestehenden Versicherungsunternehmen und ihrer Einrichtungen diesen Wünschen und Notwendigkeiten nach Art und Ausmaß entsprechen zu können" (2).

Für die Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse ist demnach die Relation zwischen Versicherungsbedürfnis der Bevölkerung und den Möglichkeiten dessen Befriedigung maßgebend. Richtet sich der Umfang des örtlichen Bedürfnisses nach dem Umfang des vorhandenen Versicherungsbedürfnisses der Bevölkerung, so ist für die Berücksichtigung privatwirtschaftlicher Interessen der bestehenden Unternehmen kein Raum, weil diese Interessen an der Güterabwägung gar nicht teilnehmen. Bei der Frage, was die gesamtwirtschaftliche Lage erfordert, können ebenfalls privatwirtschaftliche Interessen nicht - oder nur unter dem Gesichtspunkt der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung - berücksichtigt werden. Was gesamtwirtschaftlich geboten ist, richtet sich grundsätzlich nicht nach den Bedürfnissen eines einzelnen Unternehmens oder einer Gruppe einzelner Unternehmen.

Die Bedürfnisprüfung gem. § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG ist demnach keine Bedürfnisprüfung im privatwirtschaftlichen Interesse und deshalb nicht per se verfassungswidrig. Sie ist vielmehr wirtschaftslenkender Art und dient der Berücksichtigung der örtlichen bzw. gesamtwirtschaftlichen Interessen, d.h. der Interessen der Allgemeinheit gegenüber dem Einzelinteresse.

wirtschaftliches Problem bei uns und im Ausland, VerZ 1950, S.175 links; konkludent auch Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1, S.673.

(1) vgl. Fromm, § 8 VAG Anm.5b, S.116.

(2) vgl. Fromm, ebenda.

IV. Die Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit im Regierungsentwurf zum Versicherungsaufsichtsgesetz vom 14.11.1900

Die Notwendigkeit einer Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit fand bereits in dem Regierungsentwurf zum Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmen vom 14.11.1900 deutlichen Ausdruck (1).

§ 7 des Entwurfes hatte zunächst folgenden Wortlaut:

- "1. Die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb darf nur versagt werden, wenn nach dem Geschäftsplan die Interessen der Versicherten nicht hinreichend gewahrt sind oder wenn die dauernde Erfüllbarkeit der aus den Versicherungen sich ergebenden Verpflichtungen nicht genügend dargetan oder eine Gefährdung des Gemeinwohls durch den Geschäftsbetrieb zu besorgen ist.
2. Die Erlaubnis kann von der Zahlung einer angemessenen Sicherheit abhängig gemacht werden."

Damit brachte der Entwurf klar zum Ausdruck, daß ein Zulassungsantrag auch dann abgelehnt werden könne, wenn die Zulassung des ansuchenden Unternehmens dem Gemeinwohl zuwiderlaufe.

In der Begründung zu § 7 Abs.1 des Entwurfes wurde ausgeführt (2):

"Wenn aber auch in finanzieller Hinsicht der Geschäftsplan nicht zu beanstanden ist, soll die Erlaubnis doch dann versagt werden können, wenn vom Standpunkt des Gemeinwohls Bedenken gegen den Zweck oder die Einrichtung des Unternehmens zu erheben sind. Ein solcher weiterer Versagungsgrund kann nicht entbehrt werden, wenn das öffentliche Interesse gegenüber den nicht nur theoretisch im Bereiche der Möglichkeit liegenden, sondern nach den bisherigen Erfahrungen in der Praxis bereits hervorgetretenen ernststen Gefahren gewahrt werden soll, die sich aus einem mißbräuchlichen Versicherungsbetrieb ergeben." Im einzelnen wurde ausgeführt, daß nicht alle Versicherungsarten zugelassen werden können, die sich technisch und wirtschaft-

-
- (1) Der Gedanke, daß das Gemeinwohlinteresse dem Einzelinteresse vorzugehen habe, hat auch in dem Erlaß des Reichswirtschaftsministeriums vom 24.4.1937, MinBl.f. Wirtschaft 1937, S.119 ff, Ausdruck gefunden; vgl. Fromm, S.80 f.
 - (2) vgl. die Reichstagsvorlage, Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmen vom 14.11.1900, in: Sammlung sämtlicher Reichstagsdrucksachen, 10. Legislaturperiode, II. Session, 1900/1901, Band 1, Drucksache Nr. 5, S. 57.

lich zu einem gewinnverheißenden Geschäftsbetrieb ausnützen lassen, und daß darüber hinaus auch die Art des Versicherungsbetriebes eine Gefährdung des Gemeinwohls in sich schließen kann.

Es ist deshalb keineswegs ein vollkommen neuer, der jüngsten Gegenwart entstammender Gesichtspunkt, wenn gefordert wird, die Neuzulassung eines Versicherungsunternehmens auch unter dem Gesichtspunkt der Auswirkung auf das Gemeinwohl zu prüfen. Vielmehr spricht die Tatsache, daß dieser Gedanke bereits vor nunmehr über 60 Jahren in einer Blütezeit des Liberalismus bei der Schaffung einer einheitlichen deutschen Versicherungsaufsicht ernsthaft erörtert wurde, dafür, daß die Versicherungswirtschaft eine Berücksichtigung der Allgemeininteressen erfordert und daß es sich insoweit um ein Spezifikum des privaten Versicherungswesens handelt.

Tatsächlich wurde auch auf den Gemeinwohlvorbehalt des § 7 des Entwurfes nicht aus versicherungswirtschaftlichen Erwägungen im endgültigen Gesetzestext verzichtet. Dies geschah vielmehr einmal wegen der zu großen Unbestimmtheit des Ausdrucks, zum anderen aus rein politischen Gründen. Es wurde befürchtet, § 7 des Entwurfes in der von der Regierung vorgeschlagenen Fassung könne aus politischen Motiven mißbraucht werden. Diese in den Beratungen wiederholt vorgetragenen Gesichtspunkte gaben schließlich bei der endgültigen Abstimmung über den Gemeinwohlvorbehalt trotz eindringlicher Hinweise der Regierung in der zweiten Lesung, den § 7 in der von ihr gefaßten Form anzunehmen, den Ausschlag. Man scheute sich, aus der damaligen Entwicklung der Rechtssetzung heraus durchaus verständlich, eine Ermächtigung so allgemein durch einen wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriff auszusprechen, und entschied sich gegen den Vorschlag, den Gemeinwohlvorbehalt ersatzlos zu streichen und entgegen anderen Formulierungsvorschlägen in den Beratungen schließlich für die Fassung, daß die Erlaubnis dann versagt werden könne, "wenn Tatsachen vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, daß ein den Gesetzen oder den guten Sitten entsprechender Geschäftsbetrieb nicht stattfinden wird", obwohl man erkannte, daß sich diese Formulierung nicht mit dem deckte, was man mit dem Ausdruck "Gefährdung des Gemeinwohls" bezeichnen wollte. Es wurde vielmehr ausdrücklich festgestellt, daß die einfache Streichung des Ausdrucks eine Lücke schaffe, die nicht unausgefüllt bleiben könne (1).

(1) vgl. hierzu den Bericht der VII. Kommission des Reichstages, betreffend den Entwurf eines Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmen, in: Sammlung sämtlicher Reichstagsdrucksachen, 10. Legislaturperiode,

Die Furcht vor einem Mißbrauch einer so allgemein gehaltenen Formel ist heute unbegründet. Der Betroffene hat gegenüber damals die Möglichkeit, sein Recht vor unabhängigen Gerichten zu verteidigen, und genießt damit einen Rechtsschutz, der ihm eine gerechte Entscheidung gewährleistet.

Die Überlegungen bei der Beratung des Gesetzentwurfs im Jahre 1900 zeigen jedoch deutlich, daß man bereits damals eine Ermächtigung der Aufsichtsbehörde zur Berücksichtigung der allgemeinen volkswirtschaftlichen und versicherungswirtschaftlichen Interessen bei der Neuzulassung eines Unternehmens für notwendig hielt. Die Erkenntnis des damaligen Gesetzgebers bekräftigt damit die der Arbeit vorangestellte Prämisse (1), daß die Bedürfnisprüfung, die eine Berücksichtigung der allgemeinen volkswirtschaftlichen Interessen ermöglicht, ein wirtschaftlich nützliches und notwendiges Aufsichtsmittel ist. Die wirtschaftlichen Verhältnisse haben sich in dieser Hinsicht auch bis heute nicht geändert. Das private Versicherungswesen hat an Bedeutung für die Allgemeinheit gegenüber früher eher gewonnen als verloren. Abgesehen von der nicht zu unterschätzenden Bedeutung, die das Versicherungsgewerbe für den einzelnen hat, verwirklicht es durch die Häufigkeit der Versicherungsverträge und dadurch, daß seine Wirkungen in weiteste Volkskreise eingreifen, bei der fortschreitenden Vermassung und Abhängigkeit des einzelnen eine große soziale Aufgabe und trägt mit der Steigerung der sozialen Sicherheit wesentlich zur Schaffung des Gemeinwohls bei. Geändert hat sich seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes lediglich die verfassungsrechtliche Situation und der Umfang der dem Bürger gegenüber dem Staate garantierten Freiheitsrechte.

V. Die Modifizierung der Bedürfnisbestimmung des § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG durch das Grundgesetz

Die Bedürfnisprüfung gem. § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG hat als Mittel zur Berücksichtigung der allgemeinen volkswirtschaftlichen oder sonstigen öffentlichen Interessen mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes eine Modifizierung erfahren.

II. Session, 1900/1901, Band 4, Drucksache Nr.244, S.22-26; vgl.auch die "Stenographischen Berichte über die Verhandlungen des Reichstages", 10. Legislaturperiode, II. Session, 1900/1902, 1. Band, Nr.179 über die 10. Sitzung am 29.11.1900, S.213-236.

(1) vgl. oben S. 3.

Nach dem Gesetz vom 5.3.1937 konnte über § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG jedes volkswirtschaftlich erwünschte Interesse ohne jede Einschränkung berücksichtigt werden. Die einzelne Anordnung mußte nur als zweckmäßig und für die Versicherungswirtschaft und die gesamte Volkswirtschaft nützlich erscheinen und den allgemeinen Anforderungen an einen gültigen Verwaltungsakt entsprechen. Eine rechtliche Grenze, wie sie heute durch Art.12 GG gegeben ist, bestand nicht, da die damalige Wirtschaftsverfassung keine solchen Freiheitsgarantien kannte. Die Wirtschaftslenkung bestand uneingeschränkt.

1) Die Beschränkung in quantitativer Hinsicht

Mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes haben sich die Möglichkeiten staatlicher Wirtschaftslenkung zugunsten der Freiheit des Individuums gewandelt. Art.12 GG garantiert grundsätzlich den freien Zugang zu jedem Beruf. Einschränkungs- und Begrenzungsmaßnahmen sind nur in dem durch das Sozialstaatsprinzip und die Dreistufentheorie gesteckten Rahmen möglich. § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG erfährt dadurch eine einschneidende Einschränkung vom Zwecke her. Das Bedürfnis darf heute nicht mehr mit der Begründung verneint werden, daß eine Beschränkung oder Sperrung von Neuzulassungen um irgendwelcher wirtschaftspolitischer Zielsetzungen des Staates willen notwendig sei. Sie ist heute nur noch als zwingend erforderliches Mittel zum Schutze eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes zulässig.

Dadurch erfährt die Bestimmung eine quantitative Minderung gegenüber dem Rechtszustand vor Inkrafttreten des Grundgesetzes. Ihr Anwendungsbereich hat sich effektiv verkleinert. Während sie früher eine Generalermächtigung für die Aufsichtsbehörde war, die volkswirtschaftlichen Gesichtspunkte in jeder Hinsicht zu berücksichtigen, ganz gleich aus welchen Motiven heraus und zu welchen Zwecken dies geschah, so ist sie heute eine zweckgebundene Ermächtigung, danach ausgerichtet, ob sie im Rahmen des Art.12 Abs.1 GG um eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes willen zwingend geboten ist. Nur zu diesem Zwecke ist sie heute noch zulässig. Mit einer anderen Sinnggebung wäre sie grundgesetzwidrig und würde automatisch mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes außer Kraft getreten sein (Art.123 Abs.1 GG). Dieses Schicksal teilt § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG mit vielen anderen vorkonstitutionellen, liberalen Ermächtigungen, die nunmehr alle den von Grundgesetzes wegen gezogenen Grenzen unterliegen.

Dabei kommt es nicht darauf an, welcher der neuerdings umstrittenen Theorien über die Funktion der Versicherungsaufsicht man folgt, obwohl zuzugeben

ist, daß die Bedürfnisprüfung als Einzelaufsichtsmaßnahme im Rahmen der der Versicherungsaufsicht im ganzen gestellten Aufgabe gesehen werden muß.

Nach Aufgabe der kameralistischen Theorie (1) und der Gefahrentheorie (2) wurde die Funktion der Versicherungsaufsicht jahrzehntelang nach der sogenannten Schutztheorie (3) beurteilt, die den Hauptzweck der Versicherungsaufsicht in der Wahrung der Belange der Versicherten sieht, ein Grundsatz, der im Gesetz selbst Ausdruck gefunden hat (§§ 8 Abs.1 Ziff.2, 81 Abs.2 und 81 a VAG) (4). Gegen die Schutztheorie hat sich Starke gewandt (5), der die einseitige Orientierung der Versicherungsaufsicht an den Belangen der Versicherten für zu eng hält. Er sieht nach der von ihm vertretenen Strukturtheorie (6) die Hauptaufgabe der Versicherungsaufsicht in der Funktionserhaltung der Versicherungswirtschaft im ganzen und räumt

-
- (1) vgl. Walter Rohrbeck, Der Versicherungsnehmer, sein Werden und Wesen, in: Zeit und Forschungsfragen der Versicherungswirtschaft, Heft 7, Weinberg 1950, S.76, zitiert nach O.-Ernst Starke, Die Entwicklungslinien der materiellen Staatsaufsicht in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht nach dem Gesetz vom 12.5.1901, herausgegeben von W.Rohrbeck, 3.Band,1955, S.11 ff, FN auf S.59;
 - (2) Starke, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht, 3.Band, S.58; unter Gefahr ist hier die aus der Institution der Versicherung als solcher resultierende Möglichkeit von Unzuträglichkeiten in der Einrichtung selbst zu verstehen, nicht jedoch die Gefahr im Sinne des Risikos, wogegen die Versicherung gerade Deckung bieten soll.
 - (3) vgl. Starke, ebenda, S.60 ff.
 - (4) Die von Werner Mahr, Einführung in die Versicherungswirtschaft, Berlin 1951, S.282 ff, aufgezeigten sechs volkswirtschaftlichen Gesichtspunkte für die Notwendigkeit der Durchführung einer staatlichen Versicherungsaufsicht, die Starke, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht, 3.Band, S.64, unter dem Begriff "Mehrzwecktheorie" zusammenfaßt, vermögen keine einheitliche Gesamtkonzeption für die Versicherungsaufsicht zu geben, obwohl die dort entwickelten Gedanken in wesentlichen Punkten mit der hier vertretenen Ansicht übereinstimmen.
 - (5) vgl. Starke, 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht, 3.Band, S.60 ff.
 - (6) vgl. Starke, ebenda, S.65 ff.

im Falle einer Interessenkollision zwischen den allgemeinen versicherungswirtschaftlichen Interessen und den Interessen der Versicherten oder einzelner Versichertengruppen den allgemeinen versicherungswirtschaftlichen Interessen den Vorrang ein.

Diese von Starke vertretene Ansicht, der inzwischen auch andere Autoren zugestimmt haben (1), bedeutet nicht schlechthin die Aufgabe der Grundsätze der Schutztheorie. Auch nach der Strukturtheorie müssen die Interessen der Versicherten gewahrt werden, denn ohne Wahrung deren Interessen würde der Versicherungsmarkt wegen der Vertrauensempfindlichkeit seiner Ware an Kunden verlieren, wirtschaftliche Einbußen erleiden und dadurch die gesamte Versicherungswirtschaft schädigen. Die Strukturtheorie ersetzt insbesondere nicht die Interessen der Versicherten durch die Interessen der Versicherungsunternehmen, was dem Versicherungsaufsichtsgesetz widersprechen würde (§§ 8 Abs.1 Ziff.2, 81, insbes. Abs.2, 81 a VAG) und durch die Aufgabe der Funktionserhaltung des Versicherungsmarktes nicht gedeckt wäre. Die Belange der Versicherten, die nach wie vor im Vordergrund stehen, sollen nach der Strukturtheorie auch nur bei einem echten Widerstreit mit den allgemeinen versicherungswirtschaftlichen Interessen zurücktreten. Dabei kann es sich, von besonderen Ausnahmefällen abgesehen, nur um einen persönlich oder sachlich begrenzten Kreis von Versicherten - oder von Versicherungsschutz Suchenden - handeln, der auf die Beachtung seiner Interessen zugunsten der Allgemeinheit verzichten muß, und der Verzicht kann gegebenenfalls nur für eine begrenzte Zeit gefordert werden, nämlich nur bis zur Beseitigung der die Überbetonung der gesamtwirtschaftlichen Interessen begründenden Umstände.

Funktion und Aufgaben der Versicherungsaufsicht wird man letztlich sowohl in der Wahrung der Belange der Versicherten als auch in der Erhaltung der Funktion des privaten Versicherungsmarktes als solchem zu sehen haben. Zwar mögen die beiden Prinzipien in Grenzfällen widersprechende Maßnahmen erfordern, sie korrespondieren jedoch insoweit miteinander, als einerseits die Belange der Versicherten nur bei einem funktionierenden Versicherungsmarkt gewahrt werden können und andererseits der Versicherungsmarkt auch nur dann seine Aufgabe erfüllt, wenn er tatsächlich die Wahrung der Belange der Ver-

(1) vgl. Hans Arnold, Schutz der öffentlichen Interessen als Aufgabe der Versicherungsaufsicht, VerBAV 1955, S.102 ff; derselbe, Über Zweck, Rechtsgrundlagen und Grenzen der Versicherungsaufsicht, VW 1958, S. 549 f; Werner Weber, Die Versicherungsaufsicht in der gegenwärtigen Rechtsentwicklung, ZVersWiss 1961, S.333 ff (346).

sicherten ermöglicht. Schließlich wird jede Maßnahme zur Stützung des gesamten Versicherungsmarktes, auch wenn vorübergehend Interessen einzelner Versicherter oder Versichertengruppen unberücksichtigt bleiben oder vernachlässigt werden müssen, im Endeffekt zur Wahrung der Belange der Versicherten führen.

Der Theorienstreit ist darüber hinaus für die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG aus anderen Erwägungen von geringer Bedeutung. Aufgabe und Funktion der Versicherungsaufsicht werden in erster Linie durch die Normen des Versicherungsaufsichtsgesetzes bestimmt und begrenzt, das diese Materie abschließend regelt und das für die Feststellung von Sinn und Zweck der Versicherungsaufsicht maßgebend ist. Die letztlich aus dem Gesetz selbst zu gewinnenden Theorien über die Funktion der Versicherungsaufsicht können daher, gerade weil sich ihre Grundsätze zwangsläufig aus dem Versicherungsaufsichtsgesetz ergeben, zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einzelner Normen dieses Gesetzes an den übergeordneten Normen des Grundgesetzes nur in sehr begrenztem Umfange herangezogen werden.

2) Die Änderung in qualitativer Hinsicht

Es fragt sich, ob diese quantitative Minderung auch zu einer qualitativen Änderung der Bestimmung des § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG geführt hat. Ein Umschlag der Quantität in die Qualität ist grundsätzlich und insbesondere im Wirtschaftsverwaltungsrecht möglich, wenn quantitative Einschränkungen ein solches Ausmaß erreichen, daß sie im Effekt zu einer qualitativen Änderung führen. Eine qualitative Änderung der Bedürfnisbestimmung des § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG ist dann eingetreten, wenn sie durch die von Grundgesetzes wegen gezogenen Grenzen in ihrer Eigenschaft als wirtschaftslenkende Maßnahme zur freien Berücksichtigung der örtlichen und gesamtwirtschaftlichen Bedürfnisse inhaltlich verändert worden ist.

Eine Bedürfnisprüfung im privatwirtschaftlichen Interesse war die Bedürfnisprüfung gem. § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG, wie bereits festgestellt worden ist (1), auch vor Inkrafttreten des Grundgesetzes nicht. Eine qualitative Änderung durch Wegfall der Ermächtigung zur Bedürfnisprüfung im privatwirtschaftlichen Interesse kommt daher nicht in Betracht.

Die Bedürfnisbestimmung in § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG war aber vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes eine Ermächtigung der Verwaltung zu jedweder

(1) vgl. oben S.70 ff.

Wirtschaftsplanung und -lenkung. Das ist sie heute nicht mehr; die Grundrechte haben die Befugnisse des Staates eingeengt. Sie ist nunmehr durch das Grundgesetz auf die Gefahrenabwehr zugunsten der Allgemeinheit beschränkt (1). Anstelle allgemeiner wirtschaftlicher und wirtschaftspolitischer Erwägungen, in deren Rahmen die Interessen des Antragstellers nicht berücksichtigt zu werden brauchten, ist nunmehr zwingend die Güterabwägung zwischen dem Grundrechtsschutz des einzelnen Antragstellers auf der einen Seite und der Gefahr für die Belange der Versicherten (vgl. §§ 8 Abs.1 Ziff.2, 81 Abs.2, 81a VAG) und das Funktionieren des privaten Versicherungsmarktes als dem über-
ragend wichtigen Gemeinschaftsgut auf der anderen Seite getreten. Die Güterabwägung ist zwingendes Merkmal der Bedürfnisprüfung und die Gefahr für die Belange der Versicherten oder das Funktionieren des Versicherungsmarktes zwingende Voraussetzung für die Verfassungsmäßigkeit der Bedürfnisprüfung.

Dadurch hat der Bedürfnisbegriff des § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG aber eine qualitative Änderung erfahren, und zwar nicht so sehr wegen der von Grundgesetzes wegen gegebenen starken quantitativen Einschränkung, als vielmehr wegen der Änderung der für den Bedürfnisbegriff des § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG maßgebenden Kriterien.

Die Gefahr für die Allgemeinheit in der vom Bundesverfassungsgericht geforderten Dringlichkeit ist nicht nur - etwa dem besonderen Rechtsschutzinteresse des § 256 ZPO vergleichbar - eine formelle Voraussetzung für die Anwendung der Bedürfnisprüfung mit der Folge, daß bei Vorliegen einer Gefahr die Bedürfnisprüfung wie vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes als allgemeine Ermächtigung zur Wirtschaftslenkung angewendet werden könnte. Vielmehr sind das Prinzip der Güterabwägung und damit gleichzeitig die Gefahr für die Allgemeinheit als eines der für die Güterabwägung maßgebenden Kriterien materieller Bestandteil des Bedürfnisbegriffes geworden (2).

Zwar ist nicht zu verkennen, daß auch heute nach wie vor die örtlichen und gesamtwirtschaftlichen Bedürfnisse auf dem Versicherungsmarkt geprüft werden, und das tatsächlich und rechtlich in einer Weise, die sich zwar im verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt gegenüber früher unterscheidet,

(1) vgl. oben S.52 ff.

(2) Reuß, NJW 1951, S.777, spricht von einer "völlig anderen rechtlichen Beurteilung"; vgl. auch Wttbg.-Bad. VGH, DVBl. 1951, S.444 ff (445): "Der Begriff des Bedürfnisses erfährt damit allerdings eine Umgestaltung, die dem ursprünglichen Wortsinn kaum mehr entspricht"; vgl. auch OVG Hamburg, DVBl. 1950, S.614 f.

die sich aber im Ergebnis in vielen Fällen mit der Praxis unter dem früheren Rechtszustand deckt, da - abgesehen von außergewöhnlichen wirtschaftlichen Verhältnissen in Kriegszeiten - auch in einem System umfassender Planwirtschaft richtigerweise das Gemeinwohl im Mittelpunkt der Erwägungen stehen und Leitmotiv aller wirtschaftlichen Lenkungs- und Planungsakte sein muß. Der rechtliche Ausgangspunkt ist aber ein grundsätzlich anderer geworden, der durch Einbeziehung ganz bestimmter von Verfassungen wegen gebotener rechtlicher Wertungen in den Bedürfnisbegriff neben der quantitativen Änderung auch eine qualitative Änderung des Begriffes herbeigeführt hat.

Die Bedürfnisprüfung gem. § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG ist demnach nicht als Bedürfnisprüfung im privatwirtschaftlichen Interesse per se verfassungswidrig. Sie unterliegt aber seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes den durch Art.12 Abs.1 GG gezogenen Schranken, die sowohl zu einer qualitativen als auch zu einer quantitativen Änderung des Bedürfnisbegriffes geführt haben.

7. Kapitel

DIE ARGUMENTE FÜR DIE ZULÄSSIGKEIT DER BEDÜRFNISPRÜFUNG

Während die Verfassungsmäßigkeit der Versicherungsaufsicht und das Konzessionsprinzip (§§ 5 ff VAG) nicht in Frage gestellt werden (1), ist die Verfassungsmäßigkeit der Bedürfnisprüfung als solcher und insbesondere der Bedürfnisbestimmung des § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG - im Gegensatz zu den Zulassungsvoraussetzungen des § 8 Abs.1 Ziff.1 und 2 VAG (2) - nach wie vor umstritten. Die Meinungen gingen insbesondere unmittelbar nach Inkrafttreten des Grundgesetzes lange Zeit sehr stark auseinander. Während einerseits geltend gemacht wurde, jede Bedürfnisprüfung, also auch die Bedürfnisprüfung nach § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG, sei unzulässig geworden (3), wurde andererseits die

-
- (1) "Die seit mehr als 50 Jahren eingeführte und auch in einem Rechtsstaat gebräuchliche Aufsicht ist ein Ausfluß des Grundsatzes der Sozialstaatlichkeit", BVerwG, Urt. vom 24.5.1956, NJW 1956, S.1453.
 - (2) In der Literatur wird die rechtliche Zulässigkeit der Zulassungsvoraussetzungen der genügenden Kapitalausstattung und der Sachkenntnis und persönlichen Zuverlässigkeit des Geschäftsführers überall stillschweigend vorausgesetzt.
 - (3) vgl. Kleinrahm, DV 1949, S.537 ff (539); v.d.Heide, BB 1950, S.485 ff (488/489); auch Abraham in Bonner Kommentar, Anm.4 zu Art.12.

Bedürfnisprüfung nach Maßgabe der Gesetze für unbeschränkt zulässig gehalten (1). Eine dritte, in großer Überzahl und überwiegend in der Judikatur vertretene Meinung hielt eine Bedürfnisprüfung im Rahmen des Generalvorbehalts des Art.2 Abs.1 GG für zulässig (2).

Diese Ansichten sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dahin zu reduzieren, daß weder eine generelle Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung noch eine generelle Unzulässigkeit richtig ist. Eine uneingeschränkte Zulässigkeit kann nicht richtig sein, weil die Bedürfnisprüfung dem Grundrecht der Berufsfreiheit direkt zuwiderläuft (3). Daß andererseits ein generelles Verbot der Bedürfnisprüfung von Verfassungs wegen nicht erforderlich ist, hat das Bundesverfassungsgericht dadurch ausgesprochen, daß es die Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung unter bestimmten Voraussetzungen bejahte (4). Maßgebend kommt es deshalb auf die einzelne Bedürfnisbestimmung an, deren Verfassungsmäßigkeit von dem Geltungsbereich, dem Inhalt und der Zweckrichtung der einzelnen Norm abhängt; ein Ergebnis, das sich an sich von selbst versteht. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Bedürfnisprüfung im privaten Versi-

- (1) vgl. Siegfried Loppuch, Zur Freiheit der Berufswahl und Beschränkung der Berufsausübung, DÖV 1951, S.123 ff (123 rechts); Kurt Egon von Turegg, Bedürfnisprüfung bei Gewerbezulassungen, NJW 1950, S.774 ff (775); R. Thoma, Niederlassungsfreiheit der Rechtsanwälte nach dem Grundgesetz, AöR, Band 75, S.363 ff (364/365); auch Dipper, NJW 1952, S.601 links: "Daß das GG die Bedürfnisprüfung im Prinzip zuläßt, kann heute als h. M. gelten"; vgl. ferner LVG Minden, Urt. vom 24.10.1950, DÖV 1951, S.52 ff (53 rechts); Wttbg.-Bad. VGH, Urt. vom 31.8.1950, DVBl. 1950, S.754 ff (755).
- (2) vgl. z. B. Naumann, JZ 1951, S.423 ff (429 rechts); Dipper, NJW 1952, S.601 ff (603); Uber, Freiheit des Berufes, S.240; Reuß, NJW 1951, S.777 ff (777); auch Scheuner, Dtsch. Hdwerksbl. 1955, S.392, rechte Spalte: "Das Erfordernis eines Bedürfnisses darf nicht schlechthin als mit dem Grundgesetz unvereinbar verworfen werden"; ferner Wttbg.-Bad. VGH, Urt. vom 2.2.1951 u. 6.3.1951, DVBl. 1951, S.444 ff (445); Bad. VGH, Urt. vom 6.8.1952, DÖV 1953, S.186 rechts; LVG Oldenburg, Urt. vom 14.11.1950, NJW 1951, S.248; OVG Hamburg, Urt. vom 6.6.1950, MDR 1950, S.569 ff (570).
- (3) vgl. BVerfGE Band 7, S.377 ff (407).
- (4) BVerfGE Band 7, S.377 ff, Band 10, S.185 ff; vgl. ferner die die Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung bejahenden Entscheidungen des Bundesverwal-

cherungsgewerbe wird ebenfalls unterschiedlich beantwortet, jedoch insbesondere in der älteren Literatur unter Hinweis auf den Generalvorbehalt des Art. 2 GG überwiegend bejaht (1). Während die einen allgemein formulieren, daß die Bedürfnisprüfung im Versicherungsgewerbe dann zulässig sei, wenn und soweit sie "im Interesse der Allgemeinheit" (2) oder "zur Abwehr von Gefahren oder Schäden der Allgemeinheit" (3) erforderlich ist, verweisen andere entweder generell auf den Vorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG (4) oder speziell auf den Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung (5) oder der Rechte anderer (6). Gegen die Bedürfnisprüfung haben sich Pfeiffer (7) und Prölss (8) sowie Bischoff und Feldmann (9) ausgesprochen.

Die Gerichte haben über die Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung nach dem Grundgesetz im privaten Versicherungsgewerbe noch nicht entschieden. Die Entscheidung des Württemberg-Badischen VGH Stuttgart vom 15.11.1949 (10), die die Bedürfnisprüfung nach § 8 Abs. 1 Ziff. 3 VAG "nach Einführung der Gewerbefreiheit" für unzulässig erklärt, beruht auf der Proklamation der Gewerbefreiheit in der amerikanischen Zone durch OMGUS-Schreiben vom 28.3.1949 (11) und kann daher wegen der anderen gesetzlichen Grundlage für das Grundgesetz nicht als verbindlich angesehen werden.

tungsgerichts BVerwGE Band 2, S. 89 ff, 276 ff, Band 3, S. 21 ff, Band 7, S. 344 ff.

- (1) vgl. Eberhard, VRecht 1953, S. 10 ff (12); Neugebauer, ZfV 1952, S. 454; Reuß, NJW 1951, S. 777 ff (778); Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Band, S. 666 ff, insbes. 673 f, und DÖV 1956, S. 138, 141; BAV GB 1952/1953, S. 25; Finke, Eberhart, Gewerbefreiheit in der Versicherungswirtschaft, VW 1950, S. 408 ff (408); Bischoff, VerZ 1950, S. 175 f; vgl. auch Weber, ZVersWiss 1961, S. 333 ff (343/344).
- (2) Eberhard, VRecht 1953, S. 10 ff (12).
- (3) Reuß, ebenda.
- (4) Neugebauer, ebenda.
- (5) Huber, ebenda, S. 673, und DÖV 1956, S. 138, 141.
- (6) BAV GB 1952/1953, S. 25.
- (7) VRecht 1953, S. 95 ff.
- (8) Versicherungsaufsichtsgesetz, 3. Aufl., Anm. 14 zu § 8 VAG, S. 152/153.
- (9) Karl Bischoff und Ch. Feldmann, Die neue Maschinenversicherung für Elektro- und Gasgeräte des Haushalts und ihre Problematik, VerBAV 1959, S. 87 ff (87).
- (10) vgl. VRecht 1950, S. 7 ff.
- (11) in Verbindung mit Abschn. B Ziff. 13 der Anlage zu diesem Schreiben.

Für die Verfassungsmäßigkeit der Bedürfnisprüfung gem. § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG werden im wesentlichen folgende Argumente vorgetragen:

I. Das ausgeprägte Allgemeininteresse dieses Wirtschaftszweiges

Einmal wird allein auf das besonders ausgeprägte Allgemeininteresse des privaten Versicherungsgewerbes gegenüber anderen Wirtschaftszweigen hingewiesen, das den Staat zu besonders sorgfältiger Überwachung aufrufe und das in der Kontrolle und Pflege dieses Wirtschaftszweiges auch wirksamere Lenkungsmittel erfordere.

Huber (1) weist darauf hin, daß gerade in Wirtschaftszweigen mit ausgeprägtem Allgemeininteresse, wozu er - neben dem Verkehrs- und Kreditgewerbe - auch das Versicherungsgewerbe zählt, eine besondere staatliche Wirtschaftsaufsicht erforderlich sei mit dem Ziele, nicht nur die Gefahr von Mißbräuchen und anderen Störungen abzuwehren, sondern zugleich und vor allem das Funktionieren unter Rücksicht auf die Gesamtinteressen sicherzustellen. Gerade in den genannten Gewerbezweigen dürfe zur Erreichung dieser Ziele bei der Errichtung neuer Unternehmen nicht nur die Zuverlässigkeits- und Eignungsprüfung vorgenommen werden, sondern müsse auch die Bedürfnisprüfung durchgeführt werden, um im Hinblick auf die Folgen einer Übersetzung die allgemeinen Interessen wahrnehmen zu können. Ähnlich argumentiert auch Reuß (2), der neben dem Versicherungsgewerbe den Beruf des Arztes, der Hebamme und des Apothekers nennt.

II. Die Folgen einer Übersetzung

Des weiteren wird auf die Folgen einer Übersetzung des Versicherungsmarktes hingewiesen, die bei unbegrenzter Zulassung neuer Versicherungsunternehmen entstehen können (3). Dieser Gedanke spielte bereits beim Erlaß der Novelle vom 5.3.1937 eine Rolle (4). In der Begründung wurde ausgeführt, im allgemeinen könne jedes in Deutschland bestehende Versicherungsbedürfnis befriedigt werden; jede Neugründung erfordere dagegen Kapital, beeinge die Arbeitsmöglichkeiten der vorhandenen Unternehmen, führe zu Spannungen

(1) Wirtschaftsverwaltungsrecht Band 1, S.737; DÖV 1956, S.138, 141.

(2) Reuß, NJW 1950, S.777 ff.

(3) Huber, DÖV 1956, S.141.

(4) vgl. Nr.5 des Erlasses des RWM - I 12849/37 - vom 24.4.1937, MinBl. f. Wirtschaft 1937, S.119 ff.

und steigere die Verwaltungskosten und führe damit eher zu einer Verteuerung als zu einer Verbilligung des Versicherungsschutzes.

Wie auf jedem anderen Markte, so führt auch eine Übersetzung des Versicherungsmarktes zwangsläufig zu einem ungesunden, letztlich ruinösen Konkurrenzkampf. Das hat eine äußerst knapp kalkulierte Prämie zur Folge, die vielfach den Mindestsatz unterschreitet und mit deren Hilfe bereits bei anderen Versicherungsunternehmen versicherte Personen abgeworben werden sollen. Dadurch steigen die Verwaltungskosten prozentual im Verhältnis zur Prämie, zumal in der Regel gleichzeitig erhöhte Werbemittel aufgewendet werden und Prämienermäßigungen auch bei den Altkunden vorgenommen werden müssen, die noch eine höhere Prämie bezahlen. Der Zwang, Versicherungsgeschäfte abzuschließen, verdrängt die klare und sichere Planung, die allein den dauerhaften Geschäftserfolg und den Fortbestand des Unternehmens garantieren kann.

Zu diesen Folgen der Übersetzung treten weitere Mißstände, die sich aus der Vertretertätigkeit im Außendienst ergeben. Unter dem Druck der Konkurrenz wird mit unseriösen Methoden geworben. Das Gewinnstreben läßt den Versicherungsvertreter, für den jeder Vertragsabschluß neue Provision bedeutet, dem umworbenen Kunden gegenüber die Versicherungsleistung als besonders verheißungsvoll schildern und Einzelheiten verschweigen, die ihn von einem Vertragsabschluß abhalten könnten. Solche Methoden beeinträchtigen wiederum das für die Versicherung unablässige Vertrauen der Bevölkerung in diese Institution. Schließlich werden gute Vertreter von den Unternehmen untereinander durch Gewährung höherer Provisionssätze abgeworben, was die Unkosten weiter erhöht.

III. Die Folgen inflationistischer Spekulationsgründungen

Ein weiteres Argument für die Bedürfnisprüfung läßt sich aus der Zulassungspraxis während der Inflation nach dem Ersten Weltkrieg gewinnen.

Das Versicherungsgeschäft wurde damals vielfach dazu mißbraucht, sich unter Ausnutzung des Kaufkraftschwundes eine möglichst günstige Einnahmequelle zu verschaffen. Man kalkulierte mit dem fortschreitenden Verfall der Währung, der den Versicherer ohne weiteres in die Lage versetzte, die auf der früheren Kaufkraft basierende zahlenmäßig niedrige Versicherungssumme aus den zahlenmäßig inzwischen erheblich gestiegenen Prämieinnahmen bezahlen zu können. Der dem Versicherungsvertrage zugrunde liegende Zweck, dem Versicherten im Schadensfalle ein wirtschaftliches Äquivalent

für den eingetretenen Schaden zu gewähren, war durch die Geldabwertung illusorisch geworden. Versicherungswirtschaftliche Gesichtspunkte waren überhaupt nicht mehr maßgebend; der Versicherungsschutz verwilderte, und von einer sachlichen Prüfung des Risikos wurde von vornherein Abstand genommen. Die prohibitiven Anforderungen an eine hohe Kapitalausstattung waren durch die Geldabwertung praktisch wirkungslos geworden. So mußte das Reichsaufsichtsamt, da die Bewerber die damals bestehenden gesetzlichen Voraussetzungen hierfür erfüllten, allein in der Zeit von 1919 bis 1923 250 neue Unternehmungen zulassen (1), obwohl von vornherein feststand, daß die neuen Unternehmungen zur Erfüllung der ihnen aus den Versicherungsverträgen erwachsenden Verpflichtungen nicht in der Lage sein und alsbald zusammenbrechen würden. Es setzte ein verschärfter Wettbewerb ein, der sich zuerst zwar nur bei den Unternehmen ohne Versicherungsaufsicht oder mit zweifelhafter Aufsichtslage bemerkbar machte, später mit gewagter Geschäftemacherei aber bald auch auf die beaufsichtigten Versicherungszweige übergrieff und teilweise kriminellen Charakter annahm (2).

Die Entwicklung wirkte sich auch im Außendienst aus. Die neuen Unternehmungen versuchten, die Vertreter der bestehenden Unternehmungen an sich zu ziehen, um auf diese Weise schneller ins Geschäft zu kommen. Diese wiederum versuchten durch die Aufnahme möglichst vieler Versicherungszweige ihren Vertretern den Ansporn zu größerem Verdienst zu geben, um ihnen je-

(1) vgl. Starke, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht, Band 3, S. 11 ff

(2) Hugo Wendt und Oskar Hellberg, Die Einbruchdiebstahl-Versicherung, (24)
in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht nach dem Gesetz vom 12.5. 1901, Band 2, S. 177 ff (184); zur Kraftfahrtversicherung vgl. z. B. Kurt Jannott und Kurt Ossewski, Die Kraftfahrtversicherung, ebenda, S. 233: "Die stürmische Entwicklung des Kraftverkehrs rief auch einen lebhaften Wettbewerb unter den Kraftfahrtversicherern hervor. In der wirtschaftlichen Krisenzeit, Ausgang der 20 er Jahre, nahm dieser Wettbewerb Formen an, die nicht anders als wilde Konkurrenz bezeichnet werden können; uferloses Unterbieten der Prämien und oftmals verantwortungsloses Überbieten an Provisionszugeständnissen, auch durch bis dahin in dieser Versicherungssparte kaum beteiligte Makler." - "Kriminelle Vorgänge wie 'Ritzau' und 'Deutsches Auto', bei denen Kapitalverschiebungen großen Stils hinzukamen, sollen hier außer näherer Betrachtung bleiben."

den Anlaß zur Abwanderung in die Inflationsgründungen zu nehmen (1). Die Versicherungsaufsicht kam in eine sehr prekäre Lage, obwohl wachsende Unsicherheit und Kriminalität die Bedeutung der Versicherung noch steigerten.

Die in der Zeit von 1919 bis 1923 erfolgten Neuzulassungen hätten mittels der Bedürfnisprüfung ohne weiteres verhindert werden können, da sie weder unter dem Gesichtspunkt des gesamtwirtschaftlichen noch des örtlichen Bedürfnisses gerechtfertigt waren.

IV. Die Folgen der Gründung von Selbstversicherungsunternehmen und Auswahlgemeinschaften

Bischoff (2) weist schließlich auf die Folgen der Gründung von Selbstversicherungsunternehmen und Auswahlgemeinschaften hin.

Während der letzten 15 Jahre haben immer mehr große Unternehmen und Berufsgruppen eine betriebs- oder verbandseigene Versicherung aufgebaut. Man erkannte den wirtschaftlichen Vorteil, den die Selbstversicherung der Masse der Arbeitnehmer oder Berufskollegen dadurch mit sich bringt, daß der Gewinn dem eigenen Unternehmen wieder zufließt und für die Versicherten selbst verwendet werden kann. Das ist volkswirtschaftlich von großer Bedeutung, kann aber im Einzelfall versicherungswirtschaftlich sehr bedenklich sein.

Solche Neugründungen führen zu einer Auslese von Wagnissen, die den notwendigen Gesamtausgleich in der Versichertengemeinschaft verhindert, die Aufnahmefähigkeit gerade für schwere Risiken mindert oder ausschließt und damit die versicherungstechnischen und versicherungsmathematischen Grundlagen des Versicherungsgeschäftes, das Gesetz der großen Zahl und das Erfordernis der Risikomischung ganz entscheidend angreifen (3). Eine solche Ent-

-
- (1) Aus dieser Zeit stammt die noch heute in Deutschland überwiegende Praxis, möglichst viele Sparten der Sachversicherung nebeneinander zu betreiben, nach Rohrbeck das sog. "Warenhaussystem" in der deutschen Versicherungswirtschaft; vgl. Rohrbeck, Wirtschaftswissenschaftliche Forschungsaufgaben des Versicherungswesens, Berlin 1939, S.18.
 - (2) Selbstversicherungsunternehmen im Blickfeld der Versicherungsaufsicht, VW 1949, S.468 ff (469); Zur Frage der Selbstversicherungsunternehmen in Frankreich und England, VerZ 1950, S.176.
 - (3) vgl. hierzu BAV GB 1952/1953, S.25; vgl. GB BAV 1954/1955, S.14 rechts, im Hinblick auf Kassen zur zusätzlichen Invaliditäts-, Alters-

wicklung kann dazu führen, daß die in der bestehenden Versichertengemeinschaft verbleibenden Risiken eine Erhöhung der Prämie in solchem Maße notwendig machen, daß sie für die Versicherten schlechthin nicht mehr tragbar ist. Der Einzelfall läßt zwar die versicherungstechnischen und versicherungswirtschaftlichen Grundsätze unberührt. Werden jedoch bei einer Neugründung eines Selbstversicherungsunternehmens ganze Versichertengruppen aus einer bestehenden Versichertengemeinschaft herausgezogen und nehmen diese Gruppen gegenüber dem in der bestehenden Gemeinschaft verbleibenden Rest der Versicherten ein solches Ausmaß an, daß der Versicherungsschutz dieser Restgemeinschaft gefährdet wird, so werden dadurch allgemeine Interessen betroffen (1).

Unternehmen oder Versichertengemeinschaften mit einer hohen Zahl von Versicherten werden durch solche Auswahlgründungen zwar regelmäßig nicht betroffen, da bei den Restversicherten eine gesunde Risikoverteilung noch gewährleistet sein wird. In ländlichen Bezirken mit relativ kleinen Versichertengemeinschaften, die meist als Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit das örtliche Versicherungsbedürfnis zu befriedigen versuchen, ist diese Gefahr jedoch vorhanden (2). Sei es, daß berufsständische Gemeinschaften bestehen und sich neue daraus rekrutieren, oder daß aus einem zunächst allen zugänglichen, sog. "gemischten Verein", wegen der Hoffnung auf eine günstigere Schadensquote eine berufsständische Gruppe ausscheidet, um einen eigenen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit zu gründen. Mit der Zahl der berufsständischen Interessengemeinschaften und Genossenschaften nehmen die berufsständischen Versichertengemeinschaften jedenfalls immer mehr zu.

und Hinterbliebenenversorgung der Arbeitnehmer von Firmen, Verbänden oder Dienststellen; vgl. ferner GB BAV 1956/1957, Gruppenversicherungsverträge mit Berufsverbänden, S.30; vgl. auch Nr.5 des Erlasses des R.u. Pr. WiM. vom 24.4.1937, in: Fromm, § 8 Anm.2b, S.80.

- (1) vgl. Neugebauer, ZfV 1952, S.454; Bischoff, VerZ 1950, S.176 links; BAV GB 1952/1953, S.25; auch Schattschneider, S.199, der auf die Zersplitterung der Risiken durch Selbstversicherungsunternehmen hinweist.
- (2) Zu denken ist hierbei z.B. an Vieh- oder Hagelversicherungen oder kleinere, dem genossenschaftlichen Zusammenschluß entsprechende Versichertengemeinschaften auf beruflicher Ebene, Unfall- und Sterbegeldversicherungen oder Pensionskassen für Handwerker, Weinbauern, Landwirte usw.

V. Die Bedürfnisprüfung als geeignetes Mittel

Man wird nicht bestreiten können, daß sich die Bedürfnisprüfung in all diesen Fällen als Mittel zur zahlenmäßigen Beschränkung der Neuzulassungen eignen würde bzw. geeignet hätte. Soweit wegen des besonders ausgeprägten Allgemeininteresses dieses Wirtschaftszweiges die Forderung nach einer besonders intensiven Staatsaufsicht erhoben wird, erweist sich die Bedürfnisprüfung als eine der Handhaben zur wirksamen Ausübung der Kontrolle des Versicherungsmarktes. Eine Übersetzung des Marktes durch übermäßige Neuzulassungen kann mittels der Bedürfnisprüfung sehr wohl vermieden werden, denn bei der Verhinderung von Neuzulassungen findet keine Vermehrung der Unternehmen statt; Erweiterungen des Geschäftsbetriebes könnte mit den gleichen Mitteln entgegengetreten werden (§ 13 Satz 2 i. V. m. § 8 VAG). Die Bedürfnisprüfung hätte sich auch gegenüber den spekulativen Neugründungen in der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg als wirksam erwiesen. Ein örtliches oder gesamtwirtschaftliches Bedürfnis hat für sie nicht bestanden; bei Nichtzulassung der Unternehmen wäre der spekulative Geschäftsbetrieb überhaupt nicht zur Entstehung gelangt. Mittels der Bedürfnisprüfung könnte auch das Zerreißen bestehender Versichertengemeinschaften durch unerwünschte Neugründungen von Selbstversicherungsunternehmen und Auswahlgemeinschaften verhindert werden, denn bei einem Verbot der vorgesehenen Neugründung würden die potentiellen Versicherungsnehmer der neu zu gründenden Versichertengemeinschaft in der bestehenden Gemeinschaft verbleiben und der Risikoausgleich bliebe erhalten.

Die Bedürfnisprüfung ist demzufolge das geeignete Mittel zur Verhinderung der aufgezeigten Mißstände. Ob sie das verfassungsmäßige Mittel ist, wird die Prüfung nach den Grundsätzen der Subsidiarität und Proportionalität ergeben.

VI. Die Besonderheit der Ware "Versicherungsschutz" und der Einfluß der sozialen und sozialpolitischen Entwicklung auf die Versicherungsaufsicht

Die Aufzählung der für die Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung sprechenden Argumente wäre unvollständig ohne eine Darlegung der Besonderheiten der auf dem Versicherungsmarkt gehandelten Ware und darüber hinaus der Bedeutung des privaten Versicherungsgewerbes für die staatliche Sozialverantwortung.

Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit erfolgt nach der Dreistufentheorie - abgesehen von dem Kriterium der Zumutbarkeit - im Wege der Güterabwägung. Für diese ist es entscheidend, in welchem Umfange die staatliche

Versicherungsaufsicht zum Schutze der Allgemeininteressen der Versicherten und des Versicherungsmarktes erforderlich ist. Ein besonderes Schutzbedürfnis kann sich sowohl aus der Eigenart der gekauften Ware ergeben als auch aus der besonderen Bedeutung des privaten Versicherungsschutzes für den Sozialstatus. Dabei wäre es falsch, die Bedeutung der für die Güterabwägung maßgebenden Umstände zu unterschätzen. Werden im Wege der Güterabwägung die dem Grundrecht gezogenen Grenzen bestimmt, so kommt auch den einzelnen für die Güterabwägung maßgebenden Tatsachen und Umständen unmittelbar grundrechtsbestimmende Bedeutung zu.

1) Die Besonderheit der Waren "Versicherungsschutz" und ihre Konsequenzen für die Versicherungsaufsicht

Der Versicherungsschutz Suchende ist regelmäßig nicht in der Lage, auf Grund seiner eigenen Fähigkeiten und der ihm möglichen Ermittlungen die Qualität des ihm von einer Gesellschaft angebotenen und versprochenen Versicherungsschutzes nach seiner Qualität zuverlässig zu überprüfen, und zwar mangels entsprechender Fachkenntnisse selbst dann nicht, wenn ihm alle Unterlagen zur Verfügung stehen. Er kennt in der Regel nur den Namen der Gesellschaft, der er sich für den Fall der Not anvertraut, deren wirtschaftliche Qualität jedoch nicht. Dabei ist die Bewertung des zu erwerbenden Versicherungsschutzes in viel stärkerem Maße von der Bewertung des Anbietenden abhängig als auf anderen Wirtschaftsgebieten (1).

Zwar liegt nach nunmehr einhelliger Meinung (2) die von dem Versicherer auf Grund des Versicherungsvertrages zu erbringende Leistung in der Gewährung des - wenigstens zunächst - im Ideellen liegenden Versicherungsschutzes, den der Versicherungsnehmer während der ganzen Vertragsdauer genießt,

- (1) Vergleichbar ist die Situation allenfalls mit dem Kreditgewerbe, wie sich auch aus dem Bestehen einer besonderen Bankenaufsicht ergibt. Auch dort ist der einzelne regelmäßig nicht in der Lage, die Qualität eines Kreditinstitutes zuverlässig zu beurteilen.
- (2) Harald de la Motte, Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag, auch im Lichte des Konkursrechts, VRecht 1951, S.185 ff mit ausführlichen Literaturangaben und Gegenüberstellung der einzelnen Meinungen; Starke, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht, 3. Band, S.65; vgl. auch Alfred Gottschalk, Die Leistungspflicht des Versicherers, ZfV 1932, S.221; Wilhelm Kisch, Handbuch des Privatversicherungsrechts, 2. Band, 1920, Die Lehre von der Versicherungsgefahr, S.87 ff.

und nicht mehr in der im Versicherungsfalle auszahlenden Geldsumme, die nur eine Folge der versprochenen vertraglichen Leistung ist. Das kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß jeder Versicherungsschutz im Schadensfalle ohne Realisierung in barer Münze ohne praktischen Nutzen ist, so daß die Qualität des Versicherungsschutzes maßgeblich von der Liquidität des Versicherers abhängt.

Dem kann mit Erfolg entgegengehalten werden, die Frage der Erfüllbarkeit der Versicherungszusage durch den Versicherer im Schadensfalle sei letztlich eine Frage nach der Liquidität des betreffenden Unternehmens, ein Risiko also, das bei Kreditgeschäften auf fast jedem Wirtschaftssektor tagtäglich von vielen übernommen und getragen wird; auch sei es keine dem Versicherungsvertrag typische Erscheinung, daß jemand einen Vertrag mit einem Partner abschließt, dessen Qualitäten er nicht oder nicht hinreichend kennt. Kreditgeschäfte größeren Ausmaßes werden einmal regelmäßig von geschäftlich gewandteren und kapitalkräftigeren Personen als Kreditgebern vorgenommen, als beispielsweise von dem sein Leben lang sparenden Zahler einer Lebensversicherung. Zum anderen ist der Versicherungsvertrag kein Kreditgeschäft, sondern ein Bargeschäft - wenn auch ein Vertrag auf Zeit -, da der Versicherte mit Vertragsabschluß sofort in den Genuß des Versicherungsschutzes kommt. Schließlich soll der Versicherungsvertrag seinem Wesen nach dem Versicherten gerade Sicherheit bringen. Die materielle Sicherheit und das Bewußtsein des Geborgenseins für den Fall der Not sind gerade das Typische des Versicherungsvertrages. Endlich ist der Ausfall der Versicherungsleistung im Schadensfalle für den betroffenen Versicherten regelmäßig mit größeren Nachteilen verbunden als bei vergleichbaren anderen Geschäften.

Neben dieser Schwierigkeit in der Beurteilung des Versicherungsbetriebes unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten tritt die für den Laien vielfach nur schwere Verständlichkeit der dem Vertrage zugrunde liegenden Versicherungsbedingungen, deren Inhalt für die Auszahlung der Versicherungssumme im Schadensfall nicht minder von Bedeutung ist. Auch hier - ebenso wie bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Versicherers - ist der Durchschnittsbürger regelmäßig nicht in der Lage, sich durch eigene Vorsicht vor Schaden zu schützen.

Die Schwierigkeit der Materie einerseits wie die begrenzten Fähigkeiten des durchschnittlichen Versicherungsnehmers andererseits verpflichten deshalb den die Versicherungsaufsicht durchführenden Staat in Anbetracht der Bedeutung des privaten Versicherungsgewerbes zu besonderer Fürsorge und Hilfe,

deren Notwendigkeit bei der Bewertung der allgemeinen Interessen berücksichtigt werden muß.

2) Der Einfluß der sozialen und sozialpolitischen Entwicklung auf die Versicherungsaufsicht

Neben diesen in dem Versicherungsschutz als solchem begründeten Besonderheiten darf die Veränderung der sozialen und sozialpolitischen Verhältnisse während der letzten Jahrzehnte bei Beurteilung der Aufgaben der Versicherungsaufsicht nicht außer Betracht bleiben.

Der Versicherungsmarkt kennt heute einmal die wirtschaftenden Unternehmen der Industrie, des Handels und des Verkehrs, die sich gegen ihre vielfältigen Risiken versichern. Für sie ist die Versicherung Gegenstand unternehmerischer Kalkulation im Rahmen der weitgehend von Wagnis, Wettbewerb und unternehmerischer Initiative bestimmten Geschäfte. Auf diese braucht der Staat nur in geringem Umfange Einfluß zu nehmen. Die Versicherungsaufsicht kann sich hier weitgehend auf gewerbepolizeiliche Ordnungsfunktionen beschränken, weil - bei voller Anerkennung der Höhe der von der Wirtschaft eingebrachten Versicherungsprämien - durch diese Versicherungen das Gemeinwohl nicht berührt oder gar in Frage gestellt wird und das Bedürfnis dieser Kreise nach Hilfe durch eine schützende Versicherungsaufsicht gering ist.

Anders liegen die Verhältnisse im Bereich der Masse der Versicherten, die zwar regelmäßig kleine Risiken versichert, die aber in ihrer Gesamtheit eine versicherungswirtschaftlich wie auch sozialpolitisch nicht zu unterschätzende Gruppe bildet. Sie sucht in den speziellen Versicherungssparten der Kranken-, Unfall- und Lebensversicherung, der Feuer-, Einbruchdiebstahl- und Wasserschadenversicherung, sowie der Haftpflicht- und Hagelversicherung sich gegen die Gefahren des Alltags abzusichern. Für den einzelnen, der regelmäßig nur auf seine eigene Arbeitsleistung angewiesen ist, ist der Versicherungsschutz ein Ersatz für die Sicherheit, die ihm früher durch einen gesicherten Vermögensbestand oder durch die Sippe zuteil wurde. Hier dient die Versicherung nicht der Verminderung des kaufmännischen Risikos, sondern ist Mittel der Lebenssicherung. Der Bürger sucht zur Erhaltung seines Sozialstatus oder für den Fall der Not aus eigener Initiative Schutz gegen die Wechselfälle des Lebens, denen er allein nicht mehr gewachsen ist, und schafft sich durch Aufwendung eigener Mittel unter Einschaltung des privaten Versicherungswesens eine materielle Sicherheit, ohne daß er der materiellen Unterstützung des Staates bedarf.

Damit nimmt er aber dem Staat einen Teil seiner sozialen Verantwortung ab. Sieht man in Art. 20 und 28 GG das vom Staat zu verwirklichende Gebot

zu sozialer Gerechtigkeit und will man dieses Prinzip nicht nur als Leitbild anerkennen, sondern es tatsächlich verwirklichen, so setzt das die Garantie eines bestimmten Sozialstatus voraus. Hat auch der einzelne keinen Anspruch auf einen bestimmten "Status positivus socialis" (1), so kann der moderne Staat, dem die Sorge der Existenzerhaltung für weite Bevölkerungskreise obliegt, doch nur dann die Eigenschaft "sozial" für sich in Anspruch nehmen, wenn er auch die äußeren Mindestvoraussetzungen dafür schafft, ein Leben in Freiheit führen zu können. Bemühungen in dieser Richtung finden neben der Bereitstellung der Lebensnotwendigkeiten wie Wasser, Strom, den Bildungsstätten, Krankenanstalten und ähnlichen Einrichtungen ihren Niederschlag in der Gesetzgebung der Sozialversicherung, der staatlichen Alters-, Kriegs- und Hinterbliebenenfürsorge sowie der vielfältigen gemeindlichen Einrichtungen (2).

Das private Versicherungsgewerbe kommt den Bestrebungen des Staates, Lebenssicherheit und einen hinreichenden Sozialstatus für seine Bürger zu schaffen, insoweit entgegen, als es dem Bürger die Möglichkeit eröffnet, dieses Ziel durch private Selbsthilfe zu erreichen. Zwar tritt das private Versicherungsgewerbe nicht in Konkurrenz zu dem vom Staate bereitgestellten System der Lebensversicherungen, wohl aber ergänzt es dieses System in wirksamer Weise und enthebt den Staat in dem Maße von eigenen Fürsorgemaßnahmen, wie der Bürger von der Möglichkeit, sich durch eigene Initiative abzusichern, Gebrauch macht. Diese Auswirkungen werden vom Staate anerkannt und unter anderem durch die steuerliche Absetzbarkeit der aufgewendeten Prämienbeträge honoriert.

Die Tatsache, daß die private Versicherungsnahme hier in einen Bereich hineingewachsen ist, auf den sich die soziale Verantwortung des Staates erstreckt, und in welchem sie den Staat weitgehend von seiner sozialen Aufgabe entlastet, kann für die Versicherungsaufsicht nicht ohne Wirkung sein. Sie erheischt einen besonderen Schutz der diesen Erfolg in eigener Verantwortung und unter Aufwendung eigener Mittel selbst herbeiführenden Bevölkerungskrei-

(1) vgl. Bachof, Veröff.d. VDStRL, Band 12, 1954, S. 51, 52, 57; von Mangoldt-Klein, 2. Aufl., Art. 20 Anm. VII 3, S. 608/609 mit weiteren Zitaten; Fechner, RdA 1955, S. 161 ff (162).

(2) vgl. z.B. BGHZ Band 25, S. 231 ff (234/235) zur Unfallfürsorge für Strafgefangene.

se. Hier kann sich die Versicherungsaufsicht nicht - wie bei den wirtschaftenden Unternehmen - auf ein Minimum an ordnender Tätigkeit beschränken, vielmehr muß sie einmal um der Erfüllung der durch die Sozialstaatsklärung gestellten Aufgabe willen, zum anderen wegen der Bedeutung gerade dieser Versicherungen für die Versicherten in besonderem Maße das Funktionieren des Marktes, insbesondere die Belange der Versicherten gewährleisten.

Genauso wie das geläuterte Sozialbewußtsein den Anspruch des bedürftigen Bürgers gegen den Fürsorgeverband zum subjektiven Recht erstarken ließ, weil man erkannte, daß der hilfsbedürftige Staatsbürger nicht mehr nur als Objekt behördlichen Handelns angesehen werden kann, muß dem den Staat durch Aufwendung eigener Mittel von seiner sozialen Aufgabe entlastenden Bürger, der insoweit keiner sachlichen Unterstützungsleistungen bedarf, ein besonderer Schutz gegenüber den von ihm zur Eigenversicherung in Anspruch genommenen Institutionen zuteil werden. Dem Staat erwächst als Träger der Versicherungsaufsicht eine besondere Pflicht gegenüber dem selbst Versicherungsschutz suchenden Bürger. Mag auch der Versicherungsfall mit seinen materiellen Folgen nicht in jedem Falle die Existenz des Betroffenen oder seiner Familie, sondern vielfach nur die Erhaltung des erworbenen Lebensstandards gefährden, so führt ein Ausfall der Versicherungsleistung - oder der Versicherungsmöglichkeit - doch viel früher und in viel stärkerem Maße zu einer Gefährdung als bei den wirtschaftenden Unternehmen (1).

Dieser starken Gefährdung des Bürgers durch einen Ausfall des Versicherungsschutzes und der daraus resultierenden erhöhten Fürsorgepflicht des Staates muß - neben den Besonderheiten des Versicherungsschutzes (2) - bei der Bewertung der Allgemeininteressen Rechnung getragen werden, weil der einzelne Bürger unter Einschaltung des privaten Versicherungsmarktes die im Staats-

- (1) Auf dieses erhöhte Schutzbedürfnis gegenüber den wirtschaftenden Unternehmen hat insbesondere Werner Weber, Die Versicherungsaufsicht in der gegenwärtigen Rechtsentwicklung, ZVersWiss 1961, S.333 ff (346-350), hingewiesen; vgl. auch BVerwG, Urt. vom 22.11.1960, BVerwGE Band 11, S.245 ff (248). Darüber hinaus geht das Versicherungsaufsichtsgesetz selbst von einer unterschiedlichen Aufsichtsbedürftigkeit aus, wenn es in § 148 VAG die Versicherung gegen Kursverluste, die Transportversicherung und die Rückversicherung von der Aufsicht ausnimmt, nicht zuletzt deshalb, weil diese Versicherungen regelmäßig von sachkundigen Personen abgeschlossen werden.
- (2) vgl. oben S. 92 ff.

und damit im Allgemeininteresse notwendige soziale Sicherung und Befriedung selbst übernimmt.

8. Kapitel

DIE BEDÜRFNISPRÜFUNG ALS DAS EINZIGE WIRKSAME MITTEL (DER GRUNDSATZ DER SUBSIDIARITÄT)

I. Das ausgeprägte Allgemeininteresse als Begründung der Subsidiarität der Bedürfnisprüfung

Der Grundsatz der Subsidiarität bedeutet nach den oben dargelegten Grundsätzen (1) für die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 8 Abs. 1 Ziff. 3 VAG, daß die Bedürfnisprüfung unter Berücksichtigung der gesamtwirtschaftlichen und örtlichen Bedürfnisse das einzige wirksame Mittel sein muß, um nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren für die Belange der Versicherten oder das Funktionieren des privaten Versicherungsmarktes abzuwehren.

Einer Prüfung nach diesen Kriterien hält die Argumentation von Huber und Reuß (2) allein unter Hinweis auf das besonders ausgeprägte Allgemeininteresse des privaten Versicherungsgewerbes nicht stand. Zwar ist nicht zu verkennen, daß die Bedeutung des privaten Versicherungsgewerbes in den letzten Jahrzehnten ständig gewachsen ist und daß die Versicherung heute in irgendeiner Form alle Bevölkerungskreise berührt. Auch schafft die Versicherung neben der Bereitstellung eines ausreichenden Ersatzwertes für den Bedarfsfall gleichzeitig das jede menschliche Aktivität fördernde Gefühl der Sicherheit, was bei der Häufigkeit der Versicherungsverträge zu einem volkswirtschaftlichen und sozialpolitischen Phänomen wird. Diese besondere Bedeutung des privaten Versicherungsgewerbes vermag die Subsidiarität der Bedürfnisprüfung jedoch nicht zu begründen. Die Feststellung, daß die Bedürfnisprüfung das einzige wirksame Mittel ist, kann nur in bezug auf bestimmte wirtschaftliche Tatbestände getroffen werden, nicht aber im Hinblick auf die allgemeine Bedeutung des gesamten Wirtschaftszweiges. Dergleichen wäre wohl möglich bei der Frage, ob der gesamte Versicherungszweig wegen seiner Bedeutung überhaupt einer Aufsicht unterstellt werden soll. Aber selbst dabei blie-

(1) vgl. S. 24 f.

(2) vgl. oben S. 86.

be dann immer noch offen, welche Aufsichtsmaßnahmen im einzelnen geboten wären.

Mit der allgemeinen wirtschaftlichen Bedeutung des privaten Versicherungswesens läßt sich daher die Subsidiarität der Bedürfnisprüfung nach dem geltenden Recht nicht begründen.

II. Die Bedürfnisprüfung als einziges wirksames Mittel zur Verhinderung der Folgen einer Übersetzung des Versicherungsmarktes

Die Übersetzung des Versicherungsmarktes kann vornehmlich zwei Ursachen haben: Einmal kann die Zahl der Unternehmen und deren Kapazität zunehmen und dadurch ein Überangebot an Versicherungsmöglichkeit herbeiführen. Zum anderen kann das Überangebot - ohne Erweiterung der bestehenden Kapazität - durch einen Rückgang des Versicherungsbedürfnisses bedingt sein.

Bei der gegenwärtigen wirtschaftlichen Situation ist die letztere Alternative aus rein tatsächlichen Gründen zwar wenig wahrscheinlich, denn für die Jahre seit 1945 kann ein zunehmendes Versicherungsbedürfnis festgestellt werden. Darüber hinaus könnte den Folgen einer Übersetzung des Versicherungsmarktes wegen Rückgangs des Versicherungsbedürfnisses mittels der Bedürfnisprüfung tatsächlich gar nicht wirksam entgegengetreten werden, weil sie den Rückgang des Versicherungsgeschäfts als Ursache der Übersetzung nicht zu beeinflussen vermag.

Eine Bejahung der Subsidiarität der Bedürfnisprüfung ist daher nur bei einer Übersetzung des Marktes durch zusätzliche Neuzulassungen und Geschäftserweiterungen möglich; aber auch hier ist die Subsidiarität nicht ohne weiteres gegeben. Zwar könnte durch eine Zulassungssperre nach objektiven Gesichtspunkten, wie sie die Bedürfnisprüfung ermöglicht, ein (durch Neuzulassungen) übersetzter Markt verhindert werden und die Bedürfnisprüfung wäre insoweit - abgesehen von einem Numerus clausus oder einer gänzlichen Zulassungssperre - das einzige wirksame Mittel zur Verhinderung der Übersetzung. Das Funktionieren des Versicherungsmarktes und die Belange der Versicherten werden jedoch nicht schon durch die Übersetzung als solche gefährdet, vielmehr sind es die Folgen der Übersetzung, die zu den bereits aufgezeigten Mißständen führen und die Belange der Versicherten und den Versicherungsmarkt beeinträchtigen. Die Übersetzung als solche ist für die Versicherungsaufsicht uninteressant, solange sie ohne Auswirkungen auf den Versicherungsmarkt bleibt. Zwar sind

die Folgen der Übersetzung, die regelmäßig nicht ausbleiben, unmittelbar durch diese bedingt, die wirtschaftliche Beeinträchtigung des Versicherungsmarktes ergibt sich jedoch allein aus den Folgen, so daß die Bedürfnisprüfung nach dem Grundsatz der Subsidiarität nur dann verfassungsmäßig ist, wenn sie sich als das einzige wirksame Mittel zur Beseitigung der Übersetzungsfolgen erweist.

Es ist daher zu prüfen, ob nicht subjektive Zulassungsvoraussetzungen (1) oder Mittel der allgemeinen laufenden Aufsicht (2) genügen, um den gleichen Erfolg herbeizuführen, ohne gleichzeitig mit derselben Intensität in das Grundrecht der Berufsfreiheit einzugreifen wie die Bedürfnisprüfung.

1) Die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen als wirksames Mittel

Die Zulassungsvoraussetzungen der persönlichen und fachlichen Eignung (§ 8 Abs.1 Ziff.1 VAG) sowie eines hinreichenden Anfangskapitals und eines die Interessen der Versicherten in jeder Hinsicht wahrenden Geschäftsplanes (§ 8 Abs.1 Ziff.2 VAG) sind wohl Grunderfordernisse, um einen ordnungsmäßigen Betrieb des zu gründenden Unternehmens zu gewährleisten, sie bieten jedoch keine Handhabe zur Berücksichtigung über den einzelnen Versicherungsbetrieb hinausgehender allgemeiner volkswirtschaftlicher oder versicherungswirtschaftlicher Gesichtspunkte und sind daher grundsätzlich auch nicht in der Lage, einer Übersetzung des Marktes und deren Folgen entgegenzuwirken. Wenn die Voraussetzungen des § 8 Abs.1 Ziff.1 und 2 VAG erfüllt sind, muß das Unternehmen durch die Aufsichtsbehörde zugelassen werden, ohne Rücksicht darauf, ob der Markt übersetzt ist und ob aus diesem Grunde nachteilige Folgen eintreten drohen.

Zwar kann eine besonders korrekte Geschäftsführung übersetzungsbedingte Mißstände im Innen- und Außendienst für den Geschäftsbereich des eigenen Betriebes sehr wohl ausschalten. Es widerspräche jedoch der Lebenserfahrung, auf diese Weise den Folgen einer Übersetzung wirksam begegnen zu wollen; denn wie die Erfahrungen gerade zeigen, nimmt jedes Unternehmen bei hartem Konkurrenzkampf gewisse Mißstände in Kauf und versucht, diese gegenüber der Aufsichtsbehörde zu verheimlichen. Auch wäre die Aufsichtsbehörde hier auf Maßnahmen angewiesen, die letztlich im Belieben der Geschäftsführer lägen und auf die sie unmittelbar keinen Einfluß nehmen könnte. Die

(1) vgl. unten (1).

(2) vgl. unten (2).

Erfordernisse der persönlichen und fachlichen Eignung sowie des Vorhandenseins eines genügenden Anfangskapitals und eines die Interessen der Versicherten wahren Geschäftsplanes sind daher keine wirksamen Mittel, den Folgen einer Übersetzung entgegenzuwirken.

2) Die Wirksamkeit der laufenden Aufsicht

Die Übersetzung ist zwar ein Phänomen, das außerhalb des Geschäftsbetriebes des einzelnen Unternehmens auf dem Versicherungsmarkt in Erscheinung tritt, die Übersetzungsfolgen machen sich jedoch innerhalb des Geschäftsbetriebes der einzelnen Unternehmen bemerkbar, so daß Maßnahmen im Bereich des Unternehmens selbst sehr wohl gegenüber den Folgen der Übersetzung wirksam werden können. Oft wird sich der durch die Übersetzung bedingte Mißstand auf dem Versicherungsmarkt, der ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde erfordert, überhaupt erst aus der Summierung der Einzelauswirkungen bei den Unternehmen ergeben, die, singular betrachtet, die Aufsichtsbehörde gar nicht zu einem Einschreiten veranlassen würden.

Es fragt sich daher, welche Mittel der laufenden Aufsicht der Aufsichtsbehörde zur Verfügung stehen (1), welche Grenzen sie haben (2) und in welcher Weise mit diesen den Folgen einer Übersetzung entgegengewirkt werden kann (3).

a) Die Aufsichtsmittel

Der Aufsichtsbehörde sind, dem Prinzip der materiellen Staatsaufsicht entsprechend (4), im Versicherungsaufsichtsgesetz sehr weitgehende Befugnisse zur Beseitigung von Mißständen und Gefahren eingeräumt, die im Einzelfalle ganz entscheidend in den Geschäftsbetrieb eines Unternehmens eingreifen können (vgl. §§ 81-89 VAG). Sedes materiae ist § 81 Abs.1 VAG, der es der Aufsichtsbehörde zur Pflicht macht, den gesamten Geschäftsbetrieb der Versicherungsunternehmungen, insbesondere die Befolgung der gesetzlichen Vorschriften und die Einhaltung des Geschäftsplanes, materiell zu überwachen. Um dieser Pflicht Genüge tun zu können, ist die Aufsichtsbehörde in den folgenden Bestimmungen zu Einzelmaßnahmen ermächtigt. Gem. § 81 Abs.2 Satz 1 VAG kann sie alle Anordnungen erlassen, die geeignet sind, "den Geschäftsbetrieb mit den

(1) vgl. unten a).

(2) vgl. unten b).

(3) vgl. unten c).

(4) vgl. oben S.5.

gesetzlichen Vorschriften und mit dem Geschäftsplan in Einklang zu erhalten oder Mißstände zu beseitigen, welche die Belange der Versicherten gefährden oder den Geschäftsbetrieb mit den guten Sitten in Widerspruch bringen" (§ 81 Abs.2 Satz 1 VAG). § 81 a VAG ermächtigt sie, die Änderung des Geschäftsplanes und gegebenenfalls dessen Aufhebung zu fordern. Gemäß § 82 VAG kann sie die Beteiligung an einem nicht der Aufsicht unterliegenden Unternehmen verbieten und § 83 VAG gibt der Aufsichtsbehörde das Recht einer ad hoc-Prüfung an Ort und Stelle (§ 83 Abs.1 VAG) sowie zur Einsicht in die Bücher, Belege und Schriften (§ 83 Abs.2 VAG) und der Entsendung von Vertretern in die Aufsichtsräte, Mitgliederversammlungen oder ähnliche Gremien (§ 83 Abs.3 VAG). Schließlich kann die Aufsichtsbehörde bei fortgesetzter Zuwiderhandlung gegen die dem Unternehmen obliegenden Pflichten den Geschäftsbetrieb für die Zukunft überhaupt untersagen (§ 87 VAG).

b) Der sachliche und persönliche Wirkungsbereich der Bestimmungen der laufenden Aufsicht

Diese Bestimmungen der laufenden Aufsicht - wie auch die Zulassungsbestimmungen - gelten nur für die Versicherungsunternehmen (1), nicht aber - abgesehen von den beiden gesetzlich geregelten Ausnahmefällen des § 81 Abs.2 Satz 3 VAG (2) und des § 83 Abs.2 VAG (3) - auch gegenüber den Versicherungsagenten und Versicherungsmaklern, obwohl die Folgen der Übersetzung wie auch die anderen aufgezeigten Fehlentwicklungen auf dem Versicherungsmarkt vielfach gerade im Außendienst auftreten. Dadurch wird der sachliche wie auch der persönliche Wirkungsbereich der §§ 81-89 VAG eingeschränkt. Sachlich können die dem Versicherungsaufsichtsamt eingeräumten Befugnisse der laufenden Aufsicht nur in dem wirtschaftlichen Bereich wirksam werden, in dem sich ein Versicherungsunternehmen durch Geschäfte oder sonstige Handlungen überhaupt betätigt. Persönlich ist der Wirkungsbereich der dem Versicherungsaufsichtsamt zustehenden Befugnisse - abgesehen von den genannten Aus-

-
- (1) VerAfP 1938, S.143; 1939, S.89.
 - (2) wonach die Aufsichtsbehörde allgemein für einzelne Versicherungszweige den Versicherungsunternehmungen und Vermittlern von Versicherungsverträgen untersagen kann, dem Versicherungsnehmer in irgendeiner Form Sondervergütungen zu gewähren.
 - (3) wonach auch Versicherungsagenten und -makler zur Auskunftserteilung, Vorlage der Bücher, Belege usw. verpflichtet sind.

nahmen - auf die Versicherungsunternehmen beschränkt und umfaßt nicht Weisungsbefugnisse gegenüber Versicherungsagenten oder Versicherungsmaklern, auch wenn diese an den zu beanstandenden Geschäften oder Handlungen beteiligt sind (1).

Das bedeutet im einzelnen das folgende:

aa) Versicherungsmakler, die regelmäßig für mehrere Versicherungsunternehmen tätig werden und mit diesen in keiner festen rechtlichen Verbindung stehen, treten nur durch den Abschluß des einzelnen Versicherungsvertrages in rechtliche Beziehungen zu den Unternehmen. Die Aufsichtsbehörde kann wohl unter dem Gesichtspunkt der Verhinderung eines Mißstandes gem. § 81 Abs.1, Abs.2 Satz 1 VAG die Unternehmen zu einem bestimmten Verhalten gegenüber den Maklern verpflichten und dadurch mittelbar einen gewissen Einfluß auf die Tätigkeit der Makler ausüben, wie es durch Festsetzung der Höchstsätze für die Maklercourtage bereits geschehen ist (2). Die Einwirkungsmöglichkeiten sind jedoch sehr beschränkt und ihre Wirksamkeit auf die Tätigkeit der Makler ist nur gering.

bb) Auf die Tätigkeit der selbständigen Versicherungsagenten, die - ohne Angestellte zu sein - durch einen festen Agenturvertrag mit den Versicherungsunternehmen verbunden sind, kann die Aufsichtsbehörde ebenfalls nur durch Anordnungen gegenüber den Versicherungsunternehmen einwirken. Die Einwirkungsmöglichkeiten sind hier jedoch insoweit größer, als die Agenten in einem festen Vertragsverhältnis zu den Unternehmen stehen und die Aufsichtsbehörde in der Lage ist, auf das Unternehmen als den für die Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses maßgeblichen Vertragspartner unmittelbar einzuwirken. Lediglich Mißstände, die ausschließlich in der Tätigkeit des betreffenden Agenten ihren Grund haben, sind der unmittelbaren Einwirkungsmöglichkeit der Aufsichtsbehörde entzogen.

(1) vgl. hierzu Bischoff, Versicherungsvermittler und laufende Versicherungsaufsicht, VRecht 1950, S.158; Otfried Bronisch, Versicherungsvermittlung und Versicherungsaufsicht, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht nach dem Gesetz vom 12.5.1901, herausgegeben von W.Rohrbeck, Band 1, 1952, S.209 ff.

(2) vgl. VerZ 1948, S.55.

cc) Diese sachliche und persönliche Beschränkung der Aufsichtsbehörde bei der Ausübung der laufenden Aufsicht besteht nicht gegenüber den bei einem Versicherungsunternehmen fest angestellten, unselbstständigen Versicherungsvermittlern. Diese sind als feste Angestellte weisungsgebundene Arbeitnehmer des Versicherungsunternehmens. Ihre Tätigkeit gehört zu dem Geschäftsbetrieb des Unternehmens selbst und unterliegt deshalb unmittelbar den Weisungsbefugnissen der Aufsichtsbehörde gem. §§ 81-89 VAG.

Der Versicherungsaußendienst unterliegt daher nur in beschränktem Umfang der Aufsicht der Aufsichtsbehörde. Je größer die Abhängigkeit des im Außendienst tätigen Versicherungsvermittlers von einem Unternehmen ist, desto eher ist die Aufsichtsbehörde zum Einschreiten gegen Mißstände im Außendienst in der Lage.

- c) Die Wirksamkeit der dem Bundesaufsichtsamt eingeräumten Befugnisse zur Verhinderung der Folgen einer Übersetzung im einzelnen
 - aa) Die Wirksamkeit gegenüber einer infolge der Übersetzung unzulänglich kalkulierten Prämie

Eine unzulänglich kalkulierte Prämie ist dann gegeben, wenn sie den nach versicherungswirtschaftlichen und versicherungsmathematischen Grundsätzen errechneten Mindestsatz unterschreitet und damit - abgesehen von Einzelfällen - die Kalkulationsgrundlage des betreffenden Unternehmens in Frage stellt. Die Gefahr des Unterschreitens des Mindestsatzes ist bei scharfem Konkurrenzkampf auf dem Markte regelmäßig gegeben. Gegen eine zu knapp kalkulierte Prämie kann die Aufsichtsbehörde gem. § 81 Abs.1, Abs.2 Satz 1 VAG einschreiten, der sie verpflichtet und berechtigt, die Einhaltung des Geschäftsplanes zu überwachen und für die Beseitigung von Mißständen zu sorgen.

- 1) Soweit die Prämienentwicklung bei Lebensversicherungsunternehmen zu beanstanden ist, ist die Aufsichtsbehörde zu Eingriffen gem. § 81 Abs.2 Satz 1 VAG aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsplanverletzung ermächtigt, da die Prämienkalkulation in der Lebensversicherung Gegenstand des Geschäftsplanes ist, und kann auf diese Weise aufgetretenen Mißständen entgegenwirken (1). Darüber hinaus kann die Aufsichtsbehörde, um

(1) vgl. Prölss, Versicherungsaufsichtsgesetz, 3. Aufl., § 8 Anm.11; Lud-

eine ausreichende Prämie zu erreichen, über § 81 a VAG eine Änderung des Geschäftsplanes verlangen oder die Verwendung des genehmigten Geschäftsplanes überhaupt verbieten.

Die Bestimmung des § 81 a VAG ist zwar durch das Änderungsgesetz vom 5.3.1937 (RGBl. I, S.269 ff) eingeführt worden (1), sie ist aber dennoch nicht als Bestimmung typisch nationalsozialistischen Inhalts ungültig (2). Während des Krieges und nach dem Kriege hat sie sich als sehr nützliche Vorschrift erwiesen. Die durch das Grundgesetz geschaffene verfassungsrechtliche Situation gebietet zwar eine zurückhaltende Anwendung der Vorschrift; diese scheint aber auch beabsichtigt zu sein (3). Darüber hinaus könnte die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen gerichtlich überprüft werden.

- 2) Soweit die Prämienkalkulation bei der Schadensversicherung in Frage steht, die nicht Gegenstand des Geschäftsplanes ist (4), kann die Aufsichtsbehörde zwar nicht wegen Verletzung des Geschäftsplanes, wohl aber gem. § 81 Abs.2 Satz 1 VAG wegen Vorliegens eines Mißstandes einschreiten.

Mißstand im Sinne des § 81 Abs.2 Satz 1 VAG ist jeder auf eine erhebliche Gefährdung oder Verletzung der Interessen der Versicherten gerichtete Zustand, wobei eine Schädigung nicht bereits eingetreten zu sein braucht (5). Eine nach den versicherungsmathematisch errechneten Erfahrungssätzen zu kanpp kalkulierte Prämie kann zu ei-

wig Berliner und Gerhard Erich Fromm, Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen vom 6.6.1931, 4. Aufl., München 1932, § 81 Anm.5 b i. V.m. § 8 Anm.4 d; VerAfP 1903, S.101; 1924, S.56; 1925, S.48.

- (1) vgl. hierzu Starke, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht, 3. Band, S.73 ff (98 f).
- (2) vgl. BGHZ Band 2, S.55 ff (57); Prölss, Versicherungsaufsichtsgesetz, 3. Aufl., § 81 a Anm.2; Starke, ebenda, S.100/101.
- (3) vgl. Starke, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht, 3. Band, S.100/101.
- (4) vgl. Prölss, Versicherungsaufsichtsgesetz, 3. Aufl., § 81 Anm.9 c; Berliner-Fromm, § 81 Anm.5 b i. V.m. § 8 Anm.4 d; VerAfP 1901, S.108, 1924, S.56, 1925, S.48.
- (5) vgl. VerAfP 1913, S.15 und 84; Berliner-Fromm, § 81 Anm.5 a; Prölss, ebenda; LVG Hamburg, VRecht 1953, S.313 ff.

nem Mißverhältnis zwischen Prämieinnahme und Schadenssumme und dadurch zu einem Mißstand in dem angegebenen Sinne führen. Maßnahmen im Rahmen des Geschäftsbetriebes eines Unternehmens, z. B. durch Festlegung einer Mindestprämie oder einer Mindestrelation zwischen Prämie und Schadenssumme, sind andererseits sehr wohl geeignet, solche Mißstände zu verhindern oder zu beseitigen. Dem Erfordernis eines rechtzeitigen und wirksamen Eingreifens kann die Aufsichtsbehörde durch die freie Wahl geeigneter Maßnahmen Rechnung tragen (1). Zwar ist eine erhebliche Gefährdung oder Verletzung der Interessen der Versicherten Voraussetzung eines Mißstandes und damit Bedingung für das Einschreiten der Behörde. Dadurch wird ein rechtzeitiges und wirksames Eingreifen aber nicht in Frage gestellt. Einmal führt eine Herabsetzung der Prämie nur dann zu einem Mißstand, wenn sie den Rahmen des versicherungswirtschaftlich Tragbaren verläßt; innerhalb dieser Grenze ist sie ein im Interesse der Versicherten zu begrüßender Vorgang. Zum anderen hat die Aufsichtsbehörde im Rahmen des § 81 Abs. 2 Satz 1 VAG eine große Skala von Eingriffs- und Kontrollmöglichkeiten zur Verfügung, von einer verschärften Berichtspflicht bis zum unmittelbaren Verbot einzelner Maßnahmen, und kann auf diese Weise dem Umfang der Gefährdung durch ausgewählte Maßnahmen im einzelnen Rechnung tragen.

- bb) Die Wirksamkeit der Befugnisse der laufenden Aufsicht gegenüber einer sonstigen krisenhaften Kostenentwicklung oder gegenüber wilder Geschäftemacherei

Übersetzungsbedingte Fehlentwicklungen ergeben sich nicht nur aus einer zu knapp kalkulierten Prämie, sondern können sich auch aus der sonstigen Kostenentwicklung ergeben, beispielsweise durch übersetzungsbedingte übersteigerte Werbeausgaben oder durch die Gewährung zu hoher Provisionen. Auch gegen solche Mißstände kann die Aufsichtsbehörde über § 81 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 VAG im Rahmen der laufenden Aufsicht einschreiten.

Soweit der Geschäftsplan verletzt wird, ist ein Einschreiten über § 81 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 VAG unter Hinweis auf den Geschäftsplan möglich; sofern das Geschäftsgebaren die im Geschäftsplan festgeleg-

(1) vgl. FN 5) auf S. 104.

ten Grundsätze unberührt läßt, besteht die Möglichkeit des Eingreifens unter dem Gesichtspunkt des Mißstandes (§ 81 Abs.2 Satz 1 VAG). Im einzelnen wird auf die Ausführungen unter oben aa) verwiesen (1). Da die Einhaltung des Geschäftsplanes eine der Hauptaufgaben der Versicherungsaufsicht ist (§ 81 Abs.1 VAG), wird die Aufsichtsbehörde bei verschärfter Marktsituation auf die Einhaltung des Geschäftsplanes besonders aufmerksam zu achten haben.

cc) Die Wirksamkeit der Befugnisse der laufenden Aufsicht zur
Erhaltung des Vertrauens in das Versicherungsgewerbe

Die weite Fassung des Begriffes des Mißstandes erlaubt es der Aufsichtsbehörde, schließlich auch gegen Fehlentwicklungen einzuschreiten, die weder in einer zu knapp kalkulierten Prämie noch sonst in der Kostenentwicklung begründet sind, damit die wirtschaftlichen und rechnerischen Grundlagen des einzelnen Unternehmens unberührt lassen, jedoch beispielsweise geeignet sind, das Vertrauen des Publikums in die Versicherungswirtschaft ernstlich zu erschüttern. Das kann durch jede unkorrekte Abwicklung der Versicherungsgeschäfte erfolgen, gegen die einzuschreiten die Aufsichtsbehörde gem. § 81 Abs.2 Satz 1 VAG verpflichtet ist, sofern dadurch eine Gefährdung der Interessen der Versicherten einzutreten droht.

dd) Ergebnis

Es stehen demnach der Aufsichtsbehörde sehr wohl geeignete Mittel der laufenden Aufsicht zur Verfügung, um gegen die regelmäßig durch eine Übersetzung hervorgerufenen Mißstände einzuschreiten.

d) Die Möglichkeiten zur Kenntniserlangung für die Aufsichtsbehörde

Für die praktische Wirksamkeit dieser der Aufsichtsbehörde eingeräumten Befugnisse ist von entscheidender Bedeutung, ob die Aufsichtsbehörde überhaupt und gegebenenfalls so rechtzeitig von den Mißständen Kenntnis erlangt, daß ein wirksames Eingreifen gewährleistet ist. Ohne die Möglichkeit solcher Kenntniserlangung sind die Befugnisse wertlos.

Die Unterrichtung der Aufsichtsbehörde ist vornehmlich in dreifacher Weise möglich:

(1) vgl. oben S.103 ff.

aa) Der jährliche Rechnungsabschluß und der
Jahresbericht (§§ 55 ff VAG)

Einmal kann die Aufsichtsbehörde aus dem jährlich aufzustellenden und der Aufsichtsbehörde einzureichenden Rechnungsabschluß, bestehend aus Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung (§ 36 a VAG, § 125 Abs.1 AktG) (1) darüber hinaus ergänzt durch besondere und zahlenmäßige Nachweisungen und den Jahresbericht (§ 36 a VAG, §§ 127 Abs.2, 128 AktG), die Prämien- und Schadensentwicklung für jede Sparte entnehmen, Rückschlüsse daraus ziehen und gegebenenfalls durch Rückfrage nähere Aufklärung von dem Unternehmen verlangen (vgl. § 61 Abs.3 VAG) (2).

Der Rechnungsabschluß gibt durch Gegenüberstellung von Aktiva und Passiva sowie von Gewinn und Verlust über die wirtschaftliche Struktur und die Ertragslage des Unternehmens Auskunft.

Der Jahresbericht hat darüber hinaus die Verhältnisse und die Entwicklung der Unternehmen im einzelnen darzustellen (§ 55 Abs.1 a.E. VAG) und unterrichtet damit die Aufsichtsbehörde gleichzeitig über die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens. Durch Auswertung der eingereichten Unterlagen und durch eine vergleichende Statistik kann sowohl die Entwicklung jedes einzelnen Unternehmens als auch die Entwicklung auf dem Versicherungsmarkt im ganzen erkannt und von der Aufsichtsbehörde festgestellt werden, ob und gegebenenfalls welche Ordnungs- oder Stabilisierungsmaßnahmen auf dem Versicherungsmarkt erforderlich sind. Neben den Feststellungen zur Prämienkalkulation und zum Prämienaufkommen im Verhältnis zur Schadenssumme sind auch Feststellungen hinsichtlich der sonstigen Kostenentwicklung, insbesondere einer übersetzungsbedingten Kostenerhöhung durch gesteigerte Werbetausgaben oder durch überhöhte Provisionssätze möglich, da die gesamten Verwaltungskosten, aufgeteilt in Provisionen, sonstige Bezüge der Versicherungsvermittler sowie sonstige Verwaltungskosten und Steuern, in der Gewinn- und Verlustrechnung nachgewiesen sein müssen (3). Dar-

-
- (1) vgl. hierzu die bei Prölss, Versicherungsaufsichtsgesetz, 3. Aufl., § 55 Anm.4, aufgeführten Anordnungen für die einzelnen Versicherungssparten.
 - (2) Zu den von der Aufsichtsbehörde gem. § 55 Abs.2 VAG für die einzelnen Versicherungssparten erlassenen Rechnungslegungsvorschriften vgl. Prölss, Versicherungsaufsichtsgesetz, 3. Aufl., § 55 Anm.4.
 - (3) vgl. Berliner-Fromm, § 55 Anm.6b.

über hinaus muß auch der Jahresbericht den Nachweis der gesamten Verwaltungskosten enthalten (1). Zwar geben die Bilanzen und die Gewinn- und Verlustrechnung wegen der Konkurrenz aus optischen Gründen oft die wahre Geschäftslage nur lückenhaft oder verbrämt wieder, dennoch sind der Rechnungsabschluß und der Jahresbericht wichtige Informationsmittel, zumal auch der Verschleierung in der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung Grenzen gezogen sind.

Die materielle Richtigkeit der eingereichten Unterlagen wird durch die Prüfung des Rechnungsabschlusses durch einen Abschlußprüfer gewährleistet (§ 57 ff VAG), der nicht nur die äußerliche Sachgemäßheit des Rechnungsabschlusses und die Übereinstimmung mit der Bestandsaufnahme und den Geschäftsbüchern zu prüfen hat, sondern auch die Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung und Bilanzierung und die Einhaltung der für den Rechnungsabschluß und den Jahresbericht geltenden Vorschriften (§ 57 Abs.2 VAG; vgl. auch §§ 61 Abs.1, 62 VAG).

Darüber hinaus kann die Aufsichtsbehörde gem. § 61 Abs.3 VAG selbst den Bericht mit den Prüfern noch einmal erörtern und gegebenenfalls eine Ergänzung auf Kosten des Unternehmens herbeiführen.

bb) Die Befugnis der Aufsichtsbehörde zu unmittelbarer Prüfung bei den Unternehmen (§§ 83, 84 VAG)

Neben der Unterrichtung aus den von den Unternehmen einzureichenden Unterlagen ist die Aufsichtsbehörde berechtigt, selbst jederzeit die Geschäftsführung und die Vermögenslage eines Unternehmens, die Übereinstimmung der Rechnungsabschlüsse und Jahresberichte mit den Büchern sowie das Vorhandensein und die ordnungsgemäße Anlage und Verwaltung der vorgeschriebenen Rücklagen zu überprüfen (§ 83 Abs.1 VAG) und sich an Ort und Stelle einen Überblick über die Geschäftslage des betreffenden Unternehmens zu verschaffen. Zu diesem Zwecke kann sie sich sowohl von den Versicherungsunternehmen als auch von den für das betreffende Unternehmen tätigen Maklern und Agenten alle Bücher, Belege und Schriften vorlegen lassen, die für die Beurteilung des Geschäftsbetriebs und der Vermögenslage von Bedeutung sind (§ 83 Abs.2 VAG). Auch kann die Aufsichtsbehörde Vertreter mit dem Recht auf Anhörung in die Sitzungen der Aufsichtsräte, die Mitgliederversammlungen oder die Versammlung-

(1) vgl. Berliner-Fromm, § 55 Anm.7b β.

gen ähnlicher Organe entsenden. Schließlich kann sie die Ankündigung bestimmter Gegenstände zur Beratung und Beschlußfassung, sowie die Einberufung von Versammlungen und Sitzungen verlangen und bei Nichtbefolgung dieser Anordnungen die Einberufung oder Ankündigung auf Kosten des Unternehmens selbst vornehmen (§ 83 Abs.3 VAG).

Die Prüfungen nach §§ 83 Abs.1, 84 VAG, die nach der Gründung des Bundesaufsichtsamtes zunächst nicht durchgeführt wurden, werden seit 1956 wieder vorgenommen (1). Die selbständige, in der Terminbestimmung grundsätzlich freie Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde an Ort und Stelle ist eine wesentliche und wirksame Ergänzung der Berichtspflichten der Unternehmen.

cc) Die Unterrichtung durch Beschwerden von Versicherungsnehmern und anderen Personen

Die Aufsichtsbehörde wird darüber hinaus durch Beschwerden dritter Personen, die an dem Versicherungsgeschäft oder dem Versicherungsfall in irgendeiner Weise beteiligt sind (2), über das Geschäftsgebaren einzelner Unternehmen unterrichtet, sei es durch Versicherungsnehmer, Agenten, Hypothekenschuldner, geschädigte Dritte - zum Beispiel in der Haftpflichtversicherung - oder Sachverständige (3). Diese Beschwerden sind zwar keine Rechtsmittel im eigentlichen Sinne, die die Aufsichtsbehörde zu einer rechtsmittelfähigen Entscheidung (4) verpflichten, sondern nur Anregungen an die Behörde zu selbständigem Einschreiten. Auch ist die Aufsichtsbehörde kein Gericht oder Schiedsgericht (5), das verbindlich für Beschwerdeführer und Beschwerdegegner den Streitfall entscheiden könnte. Die Aufsichtsbehörde kann nur ihren Standpunkt bei den betroffenen Unternehmen darlegen und ihrerseits eine Anregung zur Beilegung des Streitpunktes geben, muß sonst aber den Beschwerdeführer auf den ordentlichen Rechtsweg verweisen.

Dennoch ist das Beschwerdeverfahren, das für beide Teile grundsätzlich

-
- (1) vgl. GB BAV 1956/57, S.11,40,41; 1957/58, S.12,42; 1958/59, S.12; 1960, S.17; 1961, S.18.
 - (2) vgl. Prölss, Versicherungsaufsichtsgesetz, 3. Aufl., § 81 Anm.5 VAG.
 - (3) vgl. Prölss, ebenda.
 - (4) Einspruch gem. § 8 der 3.DVO zum Gesetz über die Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen (Verfahrens- und Geschäftsordnung) vom 25.3.1953 (BGBl. I, S.75).
 - (5) vgl. Prölss, ebenda, § 81 Anm.5, 7.

kostenlos ist (1), nicht ohne praktische Bedeutung. Einmal erhält die Aufsichtsbehörde auf diese Weise Kenntnis von dem Verhalten einzelner auf dem Versicherungsmarkt tätiger Personen oder Unternehmen, die sie sonst nicht erhalten würde, und nimmt eine Prüfung des Sachverhalts vor, zu der sie notfalls die Akten anfordern kann (2), zum anderen kann sie das betroffene Versicherungsunternehmen oder den sonst Betroffenen auf Vergleichsfälle oder bereits ergangene Entscheidungen hinweisen und auf diese Weise streitschlichtend wirken. Schließlich kann die Tatsache, daß der Beschwerdegegner der Anregung des Aufsichtsamtes nicht Folge leistet und der Beschwerdeführer daraufhin gezwungen ist, den ordentlichen Rechtsweg zu beschreiten, die Aufsichtsbehörde zu allgemeinen Aufsichtsmaßnahmen gegen das betreffende Versicherungsunternehmen veranlassen (3). Zwar werden viele Versicherungsnehmer von dieser Beschwerdemöglichkeit keine Kenntnis haben, so daß die Wirksamkeit der Beschwerde nicht überschätzt werden darf. Besonders schwerwiegende Fälle werden jedoch regelmäßig durch die beteiligten Parteien oder Sachverständigen oder durch die Konkurrenz der Aufsichtsbehörde zur Kenntnis gebracht werden (4).

dd) Ergebnis

Es besteht in weitem Umfange die Möglichkeit für die Aufsichtsbehörde, von den Widersprüchen mit dem Geschäftsplan oder von Mißständen bei den berichtenden Unternehmen Kenntnis zu erlangen. Im Vordergrund steht die Unterrichtung durch die jährlich einzureichenden Rechnungsabschlüsse und Jahresberichte. Die Aufsichtsbehörde hat darüber hinaus gem. § 83 VAG die Möglichkeit einer unmittelbaren Prüfung der Unternehmen, die sie bei angespannter Marktlage zweckmäßigerweise in kürzeren Abständen durchführen wird. Schließlich wird sie in Einzelfällen durch die Beschwerden der Versicherungsnehmer oder dritter Personen unterrichtet.

-
- (1) vgl. § 20 der 3. DVO zum Gesetz über die Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen (Verfahrens- und Geschäftsordnung) vom 25.3.1953 (BGBl. I, S. 75).
 - (2) VerAfP 1906, S. 98.
 - (3) vgl. den Fall VerAfP 1907, S. 119; vgl. ferner VerAfP 1906, S. 75, 81; auch Bronisch, S. 209 ff (214 Buchstabe d).
 - (4) zur Anzahl der Beschwerden vgl. z. B. GB 1956/57, S. 15; 1957/58, S. 17; 1958/59, S. 17; 1960, S. 12; 1961, S. 13 f.

Es ist letztlich eine Frage der Organisation und der Besetzung der Behörde, ob diese Informationsmöglichkeiten in ausreichendem Maße wahrgenommen und ausgewertet werden.

e) Die Besonderheiten hinsichtlich Einflußnahme und Information im Außendienst

Im Außendienst liegen die Verhältnisse entsprechend den verminderten Einwirkungsmöglichkeiten auf die im Außendienst tätigen Personen (1) etwas anders. Die Jahresabschlüsse und Geschäftsberichte geben in erster Linie Auskunft über die finanzielle Lage und die wirtschaftliche Entwicklung der einzelnen Unternehmen. In ihnen werden wohl die Unkosten ausgewiesen, unter die auch die Provisionen fallen. Die Höhe der Provisionen und deren Verhältnis zur vereinnahmten Prämie ist jedoch nur für die Wirtschaftslage des Unternehmens von Interesse, die rein technische Richtigkeit der ausgewiesenen Posten gibt keine Auskunft über die Qualität des Außendienstes, insbesondere dessen werbende Tätigkeit, die für die Versicherungswirtschaft von großem Nutzen wie auch von großem Schaden sein kann. Das gleiche gilt für die Befugnis der Aufsichtsbehörde zur Prüfung der Bücher, Belege und Schriften bei den Maklern und Agenten gem. § 83 Abs.2 VAG, zumal das Recht zur Einsicht nur insoweit besteht, als diese zur Beurteilung des Geschäftsbetriebes und der Vermögenslage des betreffenden Unternehmens von Bedeutung ist. Mängel außerhalb der Bücher und Unterlagen - sei es durch eine unvollständige Unterrichtung der Kunden, die Gewährung von Sondervorteilen oder die Abwehung von Kunden durch unlautere Mittel oder ähnliches - bleiben im Verborgenen, obwohl sie sehr wohl auf den einzelnen Versicherten oder Versicherungslustigen und damit auf das Versicherungsgeschäft von Einfluß sein können. Zur Kenntniserlangung über Vorgänge im Außendienst ist allerdings die Beschwerde (2) geeignet, da Gegenstand der Beschwerde alle Vorgänge aus dem gesamten Tätigkeitsbereich der Versicherungswirtschaft sein können.

Diese beschränkte Informationsmöglichkeit über die Geschäftsvorgänge im Außendienst und die Art und Weise ihrer Durchführung stellen das System des Versicherungsaufsichtsgesetzes zur Unterrichtung der Aufsichts-

(1) vgl. oben S.101 ff.

(2) vgl. oben S.109 f.

behörde nicht in Frage. Die vorhandene Beschränkung darf nicht überschätzt werden. Einmal bleibt die Art der Geschäftsgebarung des Versicherungsaußendienstes im Verkehr mit den einzelnen Kunden der Aufsichtsbehörde nicht in größerem Umfange verborgen als auf allen anderen Wirtschaftsgebieten. Jede Aufsicht ist hier auf die Unterrichtung über unseriöses Verhalten im Einzelfalle angewiesen, denn die Zahlen geben nur das Ergebnis der Geschäfte wieder, nicht aber die Art ihrer Durchführung. Zum anderen ist für das Versicherungsgeschäft in erster Linie die finanzielle Grundlage von Bedeutung, die die Auszahlung der Versicherungssumme im Schadensfalle ermöglicht und garantiert. Diese muß bei den Unternehmen vorhanden sein, die das Risiko tragen und die im Versicherungsfalle zu bezahlen haben. Dort ist sie durch Überprüfung der Bücher und der sonstigen Unterlagen aber auch jederzeit feststellbar. Der Versicherungsaußendienst kann daher weitgehend von der Versicherungsaufsicht freigestellt werden. Außerdem ist die Möglichkeit der Strafanzeige bei strafbarem Verhalten des Vertreters in jedem Falle und insbesondere auch gegenüber den Versicherungsmaklern gegeben.

Darüber hinaus fehlt es der Aufsichtsbehörde auch gegenüber dem Versicherungsaußendienst nicht an jeglicher Einflußnahme. Zwar sind die Einwirkungsmöglichkeiten auf die Tätigkeit der Versicherungsmakler in der Tat nur gering - die Festsetzung der Höchstgrenze für die Maklercourtage (1) ist ein Ausnahmefall -, die Befugnisse zur mittelbaren Einwirkung auf die Versicherungsagenten, hat die Aufsichtsbehörde jedoch durch Schaffung verpflichtender Verhaltensnormen für die Unternehmen sehr wohl auszubauen gewußt.

So hat sie die Versicherungsunternehmen verbindlich verpflichtende Bestimmungen über die nähere Ausgestaltung der Agenturverträge und die Erkundigungspflicht sowie über die Auswahl, Einstellung und Überwachung der Agenten erlassen und damit den Rahmen der grundsätzlich freien Vertragsgestaltung gegen Mißbräuche abgesteckt. Die Unternehmer sind verpflichtet, zur Prüfung der Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit eines Agenten bei der Einstellung ein polizeiliches Führungszeugnis anzufordern (2) und bei vorhergehender Entlassung Erkundigungen über die Grün-

(1) vgl. VerZ 1948, S.55.

(2) Rundschreiben des Reichsaufsichtsamtes Nr.52 vom 5.10.1940; vgl. Prölss, Versicherungsaufsichtsgesetz, 3. Aufl., § 1 Anm.11 ca.

de bei dem früheren Geschäftsherrn einzuholen (1). Desgleichen hat die Aufsichtsbehörde die Anwerbung von Versicherungsvertretern durch Zeitungsinserate (2) und den Abschluß von Pensa-Verträgen (3) verboten. In besonderen Fällen ist die Aufsichtsbehörde darüber hinaus berechtigt, von den Unternehmen die Maßregelung oder gar die Entlassung eines Agenten zu verlangen (4). Ihr ist damit ein sehr wirksames Mittel an die Hand gegeben, von dem sie allerdings nur in Ausnahmefällen wird Gebrauch machen können.

Soweit die Aufgabe des Außendienstes eine Aufsicht erfordert, sind daher hinreichende Aufsichtsmöglichkeiten gegeben.

f) Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß zur Bekämpfung der Folgen einer Marktübersetzung der Aufsichtsbehörde sehr wohl geeignete Mittel der laufenden Aufsicht zur Verfügung stehen. Diese Mittel kann die Aufsichtsbehörde durchaus wirksam einsetzen. Sie hat auch hinreichend Gelegenheit, von Mißständen Kenntnis zu erlangen. Zwar sind die Einwirkungsmöglichkeiten auf dem Gebiet der Versicherungsvermittlung nur gering, weil die selbständigen Versicherungsagenten und die Versicherungsmakler nicht unmittelbar der Aufsicht unterliegen. Soweit das Verhältnis zwischen Versicherungsunternehmen und Versicherungsagenten in Frage steht, kann die Aufsichtsbehörde aber ihren Willen durch Anordnung gegenüber dem Unternehmen durchsetzen. Liegen die Mißstände allein in der Sphäre des Versicherungsagenten, so steht ihr mit der Befugnis, die Maßregelung oder die Entlassung des betreffenden Agenten von dem Unternehmen zu fordern, ein im Ernstfall wirksames Mittel zur Verfügung, das durch die Einführung von "schwarzen Listen" den ganzen Versicherungsmarkt erfassende Wirkung hat.

(1) VerAfP 1912, S.100, 1938, S.143.

(2) VerZ 1947, S.27, 1949, S.90.

(3) VerAfP 1905, S.40; BAV GB 1952/1953, S.28; vgl. ferner VerAfP 1909, S.168, sowie Prölss, Versicherungsaufsichtsgesetz, 3. Aufl., § 1 Anm.11 Cb c, mit den dort genannten Anordnungen der Aufsichtsbehörde, und Bronisch, S.209 ff (215 f).

(4) VerAfP 1938, S.143; GB BAV 1952, S.27.

3) Die unterschiedliche Wirksamkeit der Bedürfnisprüfung und der Mittel der laufenden Aufsicht

Eine Ersetzung der Bedürfnisprüfung als Mittel der Zulassungsbeschränkung durch die Mittel der laufenden Aufsicht ist nur möglich, wenn beide Mittel hinsichtlich der Verhinderung der Folgen der Übersetzung die gleiche Wirksamkeit haben. Die Feststellung, ob ein Mittel gegenüber anderen Mitteln gleich wirksam ist, erstreckt sich nicht nur auf die Gleichartigkeit und Gleichgerichtetheit der Wirkung, sondern auch darauf, ob das Mittel bei festgestellter gleichartiger und gleichgerichteter Wirkung auch in demselben Umfange und mit derselben Intensität wirksam werden kann. Gegen die Annahme zweier gleich wirksamer Mittel bestehen Bedenken.

Die Bedürfnisprüfung hat ihre spezifische Zielrichtung auf die Zulassungsregelung, insbesondere auf die Zulassungsverhinderung hin. In dieser Richtung geht keines der genannten Mittel der laufenden Aufsicht, die ihrerseits wesensmäßig auf das bereits laufende Geschäft im einzelnen einwirken und unter Aufrechterhaltung des Wirtschaftsablaufs konkrete Mißstände verhindern sollen. Bedürfnisprüfung und laufende Aufsicht sind daher in ihrer Zielrichtung verschieden.

Auch in der Wirkung kann die Bedürfnisprüfung den Mitteln der laufenden Aufsicht nicht gleichgestellt werden. Zwar sind beide dazu geeignet, die Folgen einer Übersetzung des Marktes durch Neuzulassungen abzuwenden oder wenigstens zu mildern. Die Mittel der laufenden Aufsicht vermögen sogar im Gegensatz zur Bedürfnisprüfung den Folgen einer Übersetzung auch dann entgegenzuwirken, wenn diese nicht auf zusätzliche Neuzulassungen zurückzuführen sind, sondern auf den Rückgang des Versicherungsbedürfnisses in der Bevölkerung. Die Bedürfnisprüfung ist jedoch bei einer Übersetzung infolge zusätzlicher Neuzulassungen gegenüber den begrenzten Einwirkungsmöglichkeiten im Wege der laufenden Aufsicht unumstritten das sicherere Mittel, weil sie bereits die Übersetzung als solche und damit die Ursache verhindert und nicht erst die Folgen auszuräumen versucht. Sie ist darum das zur Verhinderung der Übersetzungsfolgen besser geeignete und deshalb jedenfalls das insoweit einzig wirksame Mittel, als den Mitteln der laufenden Aufsicht im Ergebnis die Wirksamkeit versagt ist.

Eine andere Frage ist, ob die Bedürfnisprüfung auch das "verhältnismäßige" Mittel zur Verhinderung der Übersetzungsfolgen und damit verfassungsmäßig ist (1).

(1) dazu vgl. unten S. 121 ff.

III. Die Bedürfnisprüfung als einziges wirksames Mittel zur Verhinderung spekulativer Inflationsgründungen

Bei den spekulativen Inflationsgründungen liegt der Tatbestand gegenüber der Übersetzung insoweit anders, als hier die inflationistische Situation notwendige Voraussetzung für die Neugründung ist, wohingegen die Übersetzung keine spezifische Ursache hat oder zu haben braucht. Trotz dieses unterschiedlichen Ausgangspunktes ist die Problematik weitgehend die gleiche. Gemeinsam ist beiden Tatbeständen, daß die für die Versicherungsnehmer oder den Versicherungsmarkt schädlichen Folgen verhindert werden sollen. Dabei soll und kann die Bedürfnisprüfung - auch bei Betrachtung des begrenzten Versicherungsmarktes - die Inflation nicht verhindern, die ihre Ursachen außerhalb des einzelnen Versicherungsbetriebes und außerhalb des Versicherungsmarktes hat und die deshalb mit ausschließlich auf dem Versicherungsmarkt wirksamen Mitteln - zumal die Aufsichtsbehörde weitestgehend auf Einzelmaßnahmen angewiesen ist - nicht bekämpft werden kann. Die Bedürfnisprüfung soll lediglich die mit der Neugründung von Versicherungsunternehmen in Inflationszeiten verbundenen schweren nachteiligen Folgen für die Versicherungswirtschaft und die Versicherten ausschließen, die dadurch entstehen, daß durch inflationsbedingte spekulative Neugründungen eine nach außen ordnungsmäßig erscheinende Versicherungsmöglichkeit auf dem Versicherungsmarkt geschaffen wird, die mit Sicherheit oder großer Wahrscheinlichkeit dazu führt, daß die Versicherten zum Nutzen des Versicherers Schaden erleiden.

Die nachteiligen Auswirkungen für die Versicherungswirtschaft und die Versicherten, die durch spekulative Inflationsgründungen herbeigeführt werden, setzen einmal das Vorhandensein einer Inflation voraus, zum anderen die Gründung eines Versicherungsunternehmens und den Abschluß von Versicherungsgeschäften. Sind diese drei Voraussetzungen - insbesondere die Inflation und die Neugründung zu dem spekulativen Zweck - gegeben, so steht mit der Gründung die schädigende Wirkung im Ergebnis bereits fest, ohne daß der Tatbestand der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gegeben zu sein braucht und die Neuzulassung aus diesem Grunde versagt werden könnte, weil die Neugründung sehr wohl noch auf dem Boden des Rechts erfolgt. Es gilt daher, die Inflation oder die Neugründung zu dem spekulativen Zweck zu verhindern. Da die Bedürfnisprüfung zur Verhinderung der Inflation nicht geeignet ist, da aber andererseits nach der Zulassung des betreffenden Unternehmens eine Verhinderung der einzelnen spekulativen Geschäfte nicht mehr möglich ist, muß die Neuzulassung verhindert werden, was mittels der Bedürfnisprüfung möglich ist. Wie die Erfahrungen aus der Zeit nach dem Ersten

Weltkrieg gezeigt haben (1), genügen die Mittel der laufenden Aufsicht auch zusammen mit den subjektiven Zulassungsvoraussetzungen des § 8 Abs.1 Ziff. 1 und 2 VAG nicht, inflationsbedingte Folgen auszuschalten. Solange das Unternehmen die finanziell an den Betrieb gestellten Anforderungen erfüllt und die Einzelverträge dem Gesetz und den Bedingungen entsprechend abschließt und erfüllt, ist Anlaß zu Beanstandungen nicht gegeben, obwohl der Versicherer die Vorteile der Geldentwertung zum Nachteil der Versicherten für sich in Anspruch nimmt. Im Gegensatz zu den Übersetzungsfolgen, die regelmäßig zu Mängeln in der Wirtschaftsführung des einzelnen Unternehmens führen und sich damit im Bereich des einzelnen Versicherungsbetriebes nachteilig auswirken und dort bekämpft werden können, muß die Inflation mit ihren Folgen in der Wirtschaftsführung des einzelnen Unternehmens keinen Niederschlag finden, vielmehr kann eine inflationistische Entwicklung mit all ihren nachteiligen Folgen für die Betroffenen auch bei korrekter Wirtschaftsführung des Unternehmens gegeben sein.

Ist daher eine inflationistische Entwicklung gegeben und werden Neugründungen auf dem Versicherungsmarkt zu Spekulationszwecken beabsichtigt, so ist die Bedürfnisprüfung das einzige wirksame Mittel, um solche für den einzelnen Versicherungsnehmer wie für die gesamte Versicherungswirtschaft nachteiligen Gründungen zu verhindern.

Trotzdem wäre es falsch, die Auswirkungen der Bedürfnisprüfung auf dem Versicherungsmarkt bei inflationistischer Entwicklung zu überschätzen. Einmal ist die günstige Relation zwischen der früher versprochenen Versicherungssumme und der später nominal vereinnahmten Prämie nicht nur für die neu zu gründenden Unternehmen gegeben, sondern besteht - sofern sie gegeben ist - in gleichem Umfange auch für die bereits installierten Unternehmen und bietet auch diesen Anreiz zu Spekulationen. Die Nichtzulassung kann daher die Auswirkungen der Inflation nur für die neu zuzulassenden Unternehmen ausschließen und die Versicherten nur insoweit vor Nachteilen schützen.

Darüber hinaus sind die genannten Auswirkungen (2) solche der "galoppierenden" Inflation. Nur bei rascher Geldentwertung kann von reiner Spekulation gesprochen werden. Solange die Geldabwertung, wie während der letzten 10 Jahre, 3 oder 4% pro Jahr nicht übersteigt, kann von Spekulationsgründungen nicht gesprochen werden. Die Wirtschaftssituation, in der sich die Bedürf-

(1) vgl. oben S. 87 ff.

(2) vgl. oben S. 87 ff.

nisprüfung als einziges wirksames Mittel erweist, setzt daher einen raschen Währungsverfall voraus. In allen anderen Fällen - beispielsweise bei geringer Geldabwertung - ist der Versicherungsschutz nicht gefährdet und die Bedürfnisprüfung überhaupt nicht das zwingend gebotene, also den Grundsätzen der Subsidiarität und Proportionalität entsprechende Mittel. Die Inflation muß mittels anderer währungspolitischer Maßnahmen bekämpft werden.

IV. Die Bedürfnisprüfung als einziges wirksames Mittel zur Verhinderung der Gründung von Selbstversicherungsunternehmen und Auswahlgemeinschaften

Bei der Gründung von Selbstversicherungsunternehmen und Auswahlgemeinschaften soll durch die Bedürfnisprüfung verhindert werden, daß der Risikoausgleich in der bestehenden Versichertengemeinschaft durch Herausziehen einzelner, nach sachlichen Gesichtspunkten ausgewählter Risiken in einer Weise in Frage gestellt wird, daß der in der alten Gemeinschaft verbleibende Rest für sich allein nicht mehr in der Lage ist, das Versicherungsbedürfnis der die Gemeinschaft bildenden einzelnen Versicherten zu befriedigen.

Kommt es andererseits zu einer solchen Neugründung und liegen die Verhältnisse so, daß die Restgemeinschaft keine lebensfähige Versichertengemeinschaft mehr bildet, so ist der Erfolg unmittelbar mit der Zulassung bereits eingetreten. Zwar werden erfahrungsgemäß nicht alle Versicherungen in der alten Gemeinschaft zum gleichen Tage enden, so daß zumindest für den Verlauf eines Jahres nur eine sukzessive Abwanderung erfolgt. Auch bedarf der Beitritt zu der neuen Versichertengemeinschaft der Erklärung der einzelnen Versicherten, die von deren Willen abhängt. Wenn sich jedoch eine Gruppe Versicherter zur Neugründung entschließt, die gegenüber dem bisherigen Versicherungsschutz Vorteile bieten wird und muß, so ist mit der Neugründung die Existenz der Restgemeinschaft bereits in Frage gestellt.

Mittel der laufenden Aufsicht vermögen nachträglich diese Wirkungen nicht mehr auszugleichen. Hier geht es nicht, wie bei der Übersetzung, darum, unter Erhaltung der Versichertengemeinschaft Fehlentwicklungen zu verhindern, vielmehr wird hier der Fortbestand der alten Versichertengemeinschaft überhaupt in Frage gestellt. Auch die prohibitiven Anforderungen der persönlichen und fachlichen Eignung sowie das Erfordernis eines hinreichenden Anfangskapitals vermögen diese Entwicklung nicht zu verhindern, da diese nur die neu zu gründende Versichertengemeinschaft betreffen, nicht aber die alte Versichertengemeinschaft, deren Schutz hier allein in Frage steht.

Soweit es sich um die Selbstversicherung von Industriekonzernen und um Versorgungseinrichtungen handelt, die nach dem Umlageverfahren arbeiten, hat die Aufsichtsbehörde den aufgezeigten Gefahren in der Praxis vielfach durch entsprechende Auslegung des § 1 Abs.1 VAG - "Betrieb von Versicherungsgeschäften" - entgegenzutreten versucht (1). Sie hat wiederholt den "Betrieb von Versicherungsgeschäften" verneint und entsprechende Zulassungsanträge abgelehnt, wenn es sich nur um den Zusammenschluß einer kleinen, fest geschlossenen Anzahl von Personen handelte und dieser Zusammenschluß umfänglich noch dem Tatbestand gleichgestellt werden konnte, daß eine Einzelperson die sonst an den Versicherer zu zahlende Prämie aufspeichert, um davon die anfallenden Schäden bezahlen zu können. Diese Entscheidung der Aufsichtsbehörde bindet dann Gerichte und Verwaltungsbehörden (§ 2 Satz 1 VAG). Allein das ist bei der gegenwärtigen - insbesondere auch umfänglichen - Ausweitung der Selbstversicherung (2) keine ausreichende Handhabe mehr, den geschilderten Gefahren zu begegnen, zumal einer extensiven Auslegung des § 1 Abs.1 VAG Grenzen gesteckt sind.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, daß sowohl spekulative Inflationsgründungen als auch Neugründungen von Selbstversicherungsunternehmen und sonstigen Auswahlgemeinschaften nur mittels der Bedürfnisprüfung verhindert werden können. Sie ist insoweit das einzige wirksame Mittel. Zur Ausschaltung der Folgen der Übersetzung des Marktes infolge Neuzulassungen sind die Mittel der laufenden Aufsicht zwar vielfach geeignet und genügend, so daß es des stärker in das Grundrecht eingreifenden Mittels der Bedürfnisprüfung nicht bedarf. Sie vermögen jedoch die Folgen der Übersetzung nicht mit der gleichen Sicherheit zu verhindern wie die Bedürfnisprüfung, so daß die

- (1) vgl. Bischoff, Selbstversicherungsunternehmen im Blickfeld der Versicherungsaufsicht, VW 1949, S.468 ff; derselbe, Die Selbstversicherung als versicherungs- und volkswirtschaftliches Problem bei uns und im Ausland, VerZ 1950, S.175 ff; vgl. auch GB BAV 1954/1955, Entscheidungen gem. § 2 VAG, S.15; GB BAV 1955/56, Unzulässiger Betrieb von Versicherungsgeschäften, S.16; LVG Minden, VerBAV 1958, S.141 ff; VerBAV 1959, S.254 ff; BVerwG NJW 1960, S.2019 ff.
- (2) vgl. GB BAV 1953/54, Zulassungsfragen, Bedürfnisprüfungen und Entscheidungen gem. § 2 VAG, S.14 f; GB BAV 1954/55, dasselbe, S.13 ff; GB BAV 1955/56, Zulassungen, Unzulässiger Betrieb von Versicherungsgeschäften, S.15 ff; GB BAV 1956/57, Zulassungen, S.17 f; GB BAV 1957/58, S.20 f; 1958/59, S.20; 1959/60, S.21 f; 1960, S.13; 1961, S.14.

Mittel insoweit nicht gleich geeignet sind und die Bedürfnisprüfung letztlich auch hier das einzige wirksame Mittel ist.

V. Gegenargumente gegen die Subsidiarität der Bedürfnisprüfung

Wenn Pfeiffer (1) und Prölss (2) ausführen, die Bedürfnisprüfung habe gerade dort auszuscheiden, "wo bereits in anderer Weise, also etwa durch eine kräftige und wirksame Staatsaufsicht eine Gefährdung der Allgemeinheit vermieden werden kann", daß dies für das Versicherungswesen, das in so langer gefestigter Tradition einer umfassenden Staatsaufsicht unterliege, zutreffe, und daß die anderen Zulassungsvoraussetzungen des § 8 Abs.1 VAG, deren Notwendigkeit noch nie bestritten worden sei, zur Erfüllung der Aufsichtsaufgaben genüge, so kann dem nicht gefolgt werden.

Wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, reichen die laufende Aufsicht und die Zulassungsvoraussetzungen des § 8 Abs.1 Ziff.1 und 2 VAG gerade nicht aus, um gegen die genannten Mißstände oder Fehlentwicklungen auf dem Versicherungsmarkt wirksam einschreiten zu können. Es können sehr wohl Tatbestände eintreten, in denen die laufende Aufsicht versagt, obwohl ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde zum Schutze der Versicherten mit wirksamen Mitteln erforderlich ist.

Wenn Pfeiffer (3) weiter der Meinung ist, daß die Bedürfnisprüfung einem neuen Konkurrenten die Möglichkeit versperre, bessere Wege zu gehen, so ist das theoretisch sicher zutreffend, diesem Argument kommt jedoch keine große praktische Bedeutung zu. Es sind regelmäßig nicht die neugegründeten Unternehmen, die sich neuen Methoden und Risiken zuwenden, weil diese erst den Vorsprung der Organisation und des geworbenen Kundenkreises der bestehenden Unternehmen aufzuholen haben, vielmehr sind es - wie die Praxis zeigt - gerade die alten, gut fundierten und einem kleinen Spekulationsrisiko gewachsenen Unternehmungen, welche Neuerungen auf dem Versicherungsmarkte hervorbringen. Diese können, aus der Erfahrung schöpfend, notwendige Verbesserungen und Ergänzungen am besten erkennen und durchfüh-

-
- (1) Pfeiffer, Bedürfnisprüfung, Grundgesetz und Versicherungsaufsicht, VRcht 1953, S.95 ff (96/97).
 - (2) Versicherungsaufsichtsgesetz und Nebengesetze, 3. Aufl., 1961, § 8 Anm.14, S.153.
 - (3) VRcht 1953, S.98.

ren und auf diese Weise bestehende Lücken im Versicherungsschutz schließen (1).

Soweit allerdings neue Unternehmen sich etablieren, um einen tatsächlich bestehenden volkswirtschaftlichen und versicherungswirtschaftlichen Bedarf an bisher nicht vorhandenem Versicherungsschutz zu befriedigen, so steht deren Zulassung bei Aufrechterhaltung des Bedürfnisvorbehaltes nicht in Frage, vielmehr entspricht diese dann einem allgemeinen Bedürfnis und ist von volkswirtschaftlichem Interesse, weil auf diese Weise verhindert wird, daß der Versicherungsschutz Suchende sich Versicherungsschutz im Ausland sucht.

Wenn Pfeiffer (2) schließlich die "Qualifizierung auch der besten Aufsichtsbehörde, das Bedürfnis zutreffend zu erkennen und entsprechend zu entscheiden" in Frage stellt, weil "das volkswirtschaftliche Bedürfnis keineswegs konstant" und auch "für kurze Zeitabschnitte nicht eindeutig und objektiv" festzustellen sei, wie das von einer Behördenentscheidung gefordert werden müsse, und darauf hinweist, daß das Prinzip der Bedürfnisprüfung "notwendig ein gewisses Starrheitsmoment" in sich trage, das die schnelle Anpassung an die jeweiligen Markterfordernisse erschwere, so muß ihm entgegengehalten werden, daß die Bedürfnisprüfung, die auch auf anderen Wirtschaftsgebieten bestand und zum Teil noch besteht, sich durchaus positiv ausgewirkt hat und daß insbesondere die Ablehnung eines Zulassungsantrages wegen Fehlens des Bedürfnisses nur unter den im konkreten Fall gegebenen Bedingungen erfolgen darf und bei einem Wegfall der die ablehnende Entscheidung tragenden Gründe infolge der inzwischen veränderten Marktsituation einem früher abgelehnten Zulassungsantrag nunmehr entsprochen werden muß. Auf diese Weise kann den Marktveränderungen sehr wohl Rechnung getragen werden.

Es ist auch der Vorwurf unbegründet, die Aufsichtsbehörde sei nicht in der Lage, die Notwendigkeit einer Bedürfnisprüfung jeweils zutreffend zu beurteilen.

Einmal unterscheidet sich die von der Aufsichtsbehörde zu treffende Bedürfnisentscheidung nicht grundsätzlich von anderen Entscheidungen, die wirtschaftliche Vorgänge betreffen. Zwar mögen die in der Praxis tätigen Versicherungskaufleute in vielen Fällen die Situation auf dem Markte eher und besser erkennen und beurteilen können als der am Schreibtisch sitzende Beamte. Würde aber die Entscheidung den Versicherungskaufleuten überlassen bleiben, so wäre

(1) vgl. z.B. die Aufnahme der Regenversicherung für die Urlaubszeit durch die Allianz AG. im Jahre 1951.

(2) VRecht 1953, S.98.

die Unparteilichkeit der Entscheidung in Frage gestellt. Es bestände die Gefahr, daß private Interessen in gesamtwirtschaftlicher Verbrämung den Ausschlag gäben. Außerdem wird jeder Praktiker die Frage aus seinem Geschäftsbereich heraus beurteilen. Es bedarf einer unparteiischen, am Markt selbst nicht beteiligten Stelle, die die Aufsicht über die Versicherungsunternehmen führt. Dem trägt die Entscheidung durch die Aufsichtsbehörde Rechnung. Dabei werden die besondere Sachkunde und die Erfahrung verdienter Kaufleute sehr wohl bei den Entscheidungen der Aufsichtsbehörde wirksam. Gem. § 92 VAG und §§ 7 ff der 3.DVO zum Gesetz über die Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen vom 25.3.1953 (BGBl. I, S.75) haben Mitglieder des Beirates, der aus Praktikern und Vertretern der Berufsgruppen besteht (vgl. § 3 der DVO), bei verschiedenen Entscheidungen der Aufsichtsbehörde mitzuwirken, wozu gerade auch die Frage der Zulassung gehört (vgl. § 7 Abs.2 Ziff.2 der DVO). Da die Beiratsmitglieder volles Stimmrecht haben (vgl. § 16 der DVO), ist dadurch die Gefahr einer lebensfremden Entscheidung auf bestmögliche Weise ausgeschaltet.

9. Kapitel

DIE BEDÜRFNISPRÜFUNG ALS DAS VERHÄLTNISSMÄSSIGE MITTEL (DER GRUNDSATZ DER PROPORTIONALITÄT)

Die Verhältnismäßigkeit der subjektiven Zulassungsvoraussetzungen hat das Bundesverfassungsgericht in der Weise bestimmt, daß diese zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen. Objektive Zulassungsvoraussetzungen sollen dagegen im allgemeinen nur durch die "Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut" zu rechtfertigen sein. Das gesetzgeberische Ermessen wird damit hinsichtlich objektiver Zulassungsvoraussetzungen ganz wesentlich eingeschränkt. Die Bedürfnisprüfung gem. § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG ist nur zulässig, soweit sie gemäß der der Versicherungsaufsicht obliegenden Aufgabe das einzige geeignete Mittel ist, um nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren für die Interessen der Versicherten oder die Versicherungswirtschaft als solche abzuwenden. Ihre Zulässigkeit hängt somit davon ab, ob eine Tendenz zur Übersetzung des Marktes, zu spekulativen Inflationsgründungen oder zur Gründung von Selbstversicherungsunternehmen und anderen Auswahlgemeinschaft-

ten in solchem Maße vorhanden ist, daß bereits nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren für die Belange der Versicherten oder den Versicherungsmarkt im ganzen gegeben sind. Nur dann ist die Bedürfnisprüfung das "verhältnismäßige" Mittel und als solches verfassungsmäßig.

I. Die Verhältnismäßigkeit hinsichtlich der Folgen einer Übersetzung

Der wirtschaftliche Aufschwung während der letzten 15 Jahre hat auch in der Versicherungswirtschaft zu einer Erweiterung der bestehenden Versicherungskapazitäten geführt. In den Jahren nach 1945 haben sich viele Versicherungsunternehmen aus den Ostgebieten und Ostberlin in der Bundesrepublik niedergelassen in der Absicht, ihren Geschäftsbetrieb im alten Umfange wieder aufzubauen (1). Darüber hinaus hat - gefördert durch die Bestrebungen zur Bildung eines gemeinsamen europäischen Marktes - das Interesse ausländischer Versicherungsunternehmungen am deutschen Versicherungsmarkt zugenommen, und durch die verbürgte Gegenseitigkeit innerhalb des Europäischen Marktes ist eine starke Beschränkung ausländischer Unternehmungen ausgeschlossen. Auch amerikanische Versicherungsunternehmungen, die sich nach dem Ersten Weltkrieg völlig von dem deutschen Versicherungsmarkt zurückgezogen hatten, beginnen, sich wieder in der Sachversicherung zu betätigen (2).

Diese Entwicklung hat wohl zu einer Vermehrung der Versicherungsmöglichkeiten geführt und den Markt erweitert, eine Übersetzung des Marktes mit den aufgezeigten Folgen ist jedoch noch nicht eingetreten. Selbst wenn der Versicherungsmarkt nicht mehr als ausgeglichen anzusehen wäre, so könnte doch von einer krisenhaften Übersetzung mit nachweisbaren oder höchstwahrscheinlichen schweren Gefahren für die Versicherten und den Versicherungsmarkt nicht gesprochen werden.

Bei einem Konjunkturrückgang, der ohne pessimistische Diagnose im Bereich des Möglichen liegt, ist zwar mit einem verminderten Versicherungsbedürfnis, vornehmlich der Industrie und des Handels, zu rechnen, eine schwere Gefahr für die Belange der Versicherten oder die Versicherungswirtschaft im ganzen aus dem Gesichtspunkt der Übersetzung ist jedoch als höchstwahrscheinlich

(1) vgl. Finke, VW 1950, S.408.

(2) vgl. die Neuzulassungen und Geschäftserweiterungen GB BAV 1953/54, S.14 f; 1954/55, S.13 f; 1955/56, S.15 f; 1956/57, S.17 f; 1957/58, S.20 f; 1958/59, S.20 f; 1959/60, S.21 f; 1960, S.13; 1961, S.14.

noch nicht zu erkennen. Unzulänglichkeiten in personeller Hinsicht sind sowohl im Innendienst als auch insbesondere im Außendienst erkennbar. Die Ursache hierfür liegt aber weniger in der Neigung zu Unkorrektheiten infolge einer Übersetzung des Marktes, sondern vielmehr in dem Fehlen geschulter Kräfte bei der angespannten Arbeitsmarktlage. Auch die Abwerbung von Vertretern oder Versicherungsnehmern hat nach der Resonanz in der Literatur nicht einen Umfang erreicht, der allein oder zusammen mit anderen Umständen das Vorliegen "höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren" bejahen ließe. Andererseits hat der durch die Flüchtlinge bedingte Bevölkerungszuwachs mit seinen Auswirkungen auf die Wirtschaft zu einer erhöhten Inanspruchnahme des Versicherungsmarktes geführt. Auch die zunehmende Motorisierung wie überhaupt der schnellere Lebensrhythmus und die vermehrte Inanspruchnahme der Technik im täglichen Leben haben einen Bedarf nach weiterer Versicherungskapazität erzeugt. Darüber hinaus ist durch die Aufklärung der Bevölkerung über die vorhandenen Versicherungsmöglichkeiten ein gegenüber früher vermehrtes Versicherungsbedürfnis hervorgerufen worden. Übersetzungsbedingte Mißstände sind daher nicht in dem vom Bundesverfassungsgericht geforderten Ausmaß zu befürchten.

II. Die Verhältnismäßigkeit hinsichtlich der Verhinderung inflationistischer Spekulationsgründungen

Die vom Bundesverfassungsgericht geforderte Relation zwischen Mittel und Zweck ist hier dann gegeben, wenn die Gefahr einer galoppierenden Inflation in solchem Maße gegeben ist, daß schwere Gefahren für die Belange der Versicherten und das Funktionieren des Versicherungsmarktes bereits nachweisbar sind, oder daß ihr Eintritt zumindest als höchstwahrscheinlich bevorsteht.

Es kann nicht in Abrede gestellt werden, daß die D-Mark seit Kriegsende und insbesondere während der letzten 10 Jahre eine Geldentwertung erfahren hat (1). Das läßt sich - mit wenigen Ausnahmen - anhand der Preisentwicklung für alle Lebensgüter leicht feststellen. Die Lebenshaltungskosten im ganzen sind gestiegen. Es sind Versuche gemacht worden, der allmählichen Geldentwertung entgegenzutreten und Stützungsmaßnahmen zur Erhaltung der Kaufkraft der D-Mark zu ergreifen. Die Bundesregierung hat beispielsweise durch

(1) vgl. die Ausführungen im Geschäftsbericht der Deutschen Bundesbank für das Jahr 1961 "Das Problem der steigenden Preise und Löhne", S. 15 ff (19).

Verhängung des teilweisen Baustops über eine Konjunkturdämpfung eine Beeinflussung der Preisentwicklung erstrebt, die sich nicht zuletzt auf die Konkurrenzfähigkeit der deutschen Wirtschaft gegenüber ausländischen Konkurrenten auswirkt. Den gleichen Effekt sollen die währungspolitischen Maßnahmen der Deutschen Bundesbank, insbesondere durch die der jeweiligen Konjunkturlage entsprechende Diskontpolitik haben.

Diese Geldabwertung hat sich bisher im Rahmen des wirtschaftlich Vertretbaren gehalten. Mit 2 bis 4% pro Jahr wird sie von einzelnen Wirtschaftspolitikern und Wirtschaftswissenschaftlern im Interesse der Vollbeschäftigung volkswirtschaftlich als notwendig oder jedenfalls tragbar angesehen. Erscheinungen einer schleichenden Inflation in dem aufgezeigten Umfange sind darüber hinaus nicht nur auf den westdeutschen Markt und auf die D-Mark beschränkt. Eine gleiche oder zeitweise sogar stärkere Entwertung zeigt sich auch in anderen Ländern der westlichen Welt (1). Diese Entwicklung mag zwar Anlaß zu Besorgnis geben, sie kann jedoch nicht als alarmierend bezeichnet werden.

Die hier für die Verfassungsmäßigkeit der Bedürfnisprüfung allein maßgebliche Frage ist, ob - in gesonderter Betrachtung des deutschen Marktes - die laufende Geldentwertung solche Formen angenommen und ein solches Tempo erreicht hat, daß die Gefahr einer galoppierenden Inflation als höchstwahrscheinlich erkennbar ist. Das wäre dann der Fall, wenn die Geldabwertung wesentlich höhere Prozentwerte pro Jahr oder die gleiche prozentuale Abwertung innerhalb wesentlich kürzerer Zeit erreichen würde. Eine solche Entwicklung ist bisher weder eingetreten noch ist sie als in absehbarer Zeit höchstwahrscheinlich erkennbar. Die Preisentwicklung ist durchaus noch nicht der Kontrolle der die Preisgestaltung überwachenden Stellen des Staates und der Wirtschaft entronnen. Die Gefahr spekulativer Inflationsgründungen ist daher in dem vom Bundesverfassungsgericht geforderten Ausmaß nicht gegeben und die Bedürfnisprüfung kann nach den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätzen nicht als das verhältnismäßige und damit verfassungsmäßige Mittel angesehen werden.

(1) vgl. z.B. 32. Jahresbericht (1.4.1961 - 31.3.1962) der Bank für internationalen Zahlungsausgleich, S.7 ff.

III. Die Verhältnismäßigkeit hinsichtlich der Verhinderung einer Gründung von Selbstversicherungs- unternehmen und Auswahlgemeinschaften

Gründungen von Selbstversicherungsunternehmen und sonstigen Auswahlgemeinschaften werden heute ständig mit steigender Tendenz vorgenommen (1). Die aufgezeigten Gefahren (2) treten jedoch nur auf, wenn die Neugründung zu einem Zusammenbruch einer bestehenden Versichertengemeinschaft führt. Es kommt daher nicht entscheidend darauf an, ob Selbstversicherungsunternehmen oder sonstige Auswahlgemeinschaften überhaupt gegründet werden, sondern ob die Gefahr bereits nachweisbar oder zumindest höchstwahrscheinlich ist, daß solche Neugründungen zur Vernichtung der bestehenden Versichertengemeinschaften führen mit der Folge, daß die in den Restgemeinschaften verbleibenden Versicherten ihren Versicherungsschutz verlieren.

Dabei kann ein zur Versagung der Zulassung führender Verlust des Versicherungsschutzes in der Restgemeinschaft nur dann angenommen werden, wenn den verbleibenden Versicherten keine andere Möglichkeit geboten ist, gleichwertigen Versicherungsschutz zu gleichen oder noch tragbar schlechteren Bedingungen bei anderen Versichertengemeinschaften oder Unternehmungen zu erhalten. Besteht diese Möglichkeit, so ist der Versicherungsschutz der Versicherten nicht oder jedenfalls nicht so stark gefährdet, daß ein Verbot der Neugründung zwingend geboten wäre.

Soweit sich die Praxis in dieser Richtung übersehen läßt, ist die Bedürfnisprüfung auch unter diesem Gesichtspunkt nach der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Formel nicht als verfassungsmäßiges Mittel anzusehen.

Zwar ist die Möglichkeit gegeben, daß eine Neugründung die Lebensfähigkeit einer bestehenden Versichertengemeinschaft zerstört und Versicherte hierbei ihren Versicherungsschutz verlieren. Damit ist aber nicht schlechthin eine schwere Gefährdung der Belange der in der Versichertengemeinschaft zusammengeschlossenen Versicherten gegeben. Einmal besteht die Gefahr, daß ein nicht mehr versicherungsfähiger Rest übrig bleibt, überhaupt nur bei zahlen-

(1) vgl. GB BAV 1953/1954, Zulassungsfragen, Bedürfnisprüfungen und Entscheidungen gem. § 2 VAG, S.14 f; GB BAV 1954/1955, dasselbe, S.13 ff; GB BAV 1955/56, Zulassungen, Unzulässiger Betrieb von Versicherungsgeschäften, S.15 ff; GBBAV 1956/1957, Zulassungen, S.17 f; dasselbe, GBBAV 1957/1958, S.20 f, 1958/1959, S.20 f, 1959/1960, S.21 f; 1961, S.14.

(2) vgl. oben S.89 ff.

mäßig kleinen Versichertengemeinschaften. Selbst wenn eine kleine Versicherungsguppe aber wegen einer Neugründung aus ihren Reihen aufgelöst werden muß, so wird der Rest der in der alten Gemeinschaft übrig Bleibenden regelmäßig bei anderen, insbesondere großen Aktiengesellschaften Versicherungsschutz finden, und zwar zu tragbaren Bedingungen. Mag die neu zu zahlende Prämie auch höher sein als die bisherige, so ergibt sich deren wirtschaftliche Tragbarkeit doch aus der Tatsache, daß andere Versicherungsnehmer bei der anderen Gesellschaft zu den gleichen Bedingungen versichert sind. Die als Rest verbleibenden Versicherten sind daher weder ohne Versicherungsschutz, für den die Aufsichtsbehörde gegebenenfalls Sorge zu tragen hätte, noch sind die Bedingungen hierfür untragbar.

IV. Ergebnis

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß weder die Gefahr einer Übersetzung des Marktes noch die Gefahr spekulativer Inflationsgründungen oder der Gründung von Selbstversicherungsunternehmen und Auswahlgemeinschaften für den gesamten Versicherungsmarkt oder die Belange der Versicherten bereits nachweisbar oder doch so wahrscheinlich sind, daß die Bedürfnisprüfung nach der vom Bundesverfassungsgericht geprägten Formel das noch verhältnismäßige Mittel zur Verhinderung dieser Gefahren wäre.

Auch bei Berücksichtigung der erhöhten Schutzbedürftigkeit der einzelnen Versicherungsnehmer gegenüber dem geschäftsgewandten Kaufmann (1) läßt sich die Verhältnismäßigkeit nach den Grundsätzen des Bundesverfassungsgerichts nicht bejahen. Die Verhältnismäßigkeit wird hier deshalb verneint, weil die Folgen einer Übersetzung, einer Inflation oder der Gründung von Selbstversicherungsunternehmen und Auswahlgemeinschaften z. Zt. objektiv gar nicht in dem vom Bundesverfassungsgericht geforderten Ausmaß zu befürchten sind, so daß es gegenwärtig überhaupt an einer Gefahr für die Belange der Versicherten und das Funktionieren des Versicherungsmarktes fehlt, nicht aber deshalb, weil die sehr wohl als höchstwahrscheinlich bevorstehenden und als solche erkannten gefährlichen Folgen die Versicherten nicht mit der Intensität treffen, die ein so starkes Mittel geboten erscheinen läßt. Nur in letzterem Falle wäre nach dem Zweck und den Auswirkungen der Versicherung unter den betroffenen Versicherungsnehmern zu differenzieren.

(1) vgl. oben S. 94 ff.

Es ist nicht zu verkennen, daß der geschäftlich ungewandte einzelne Versicherungsnehmer regelmäßig unter den Folgen einer Übersetzung eher zu leiden haben wird als der geschäftsgewandte Kaufmann, und daß die aufgezeigten Folgen inflationistischer Spekulationsgründungen von den wirtschaftenden Unternehmen eher werden aufgefangen werden können als von dem einzelnen Bürger. Trotzdem sind Gefahren, die einen Eingriff auf der dritten Stufe rechtfertigen würden, auch für die besonders schutzbedürftige Masse der Versicherten weder feststellbar noch als höchstwahrscheinlich vorauszusehen.

Läßt sich die Verfassungsmäßigkeit der Bedürfnisprüfung mit dem zwingend gebotenen Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes nicht begründen, so ist sie erst recht nicht um eines geringerwertigen Gemeinschaftsgutes willen zulässig. Es erübrigt sich daher eine Prüfung dahin, ob sie zum Schutze wichtiger Gemeinschaftsgüter zwingend geboten wäre.

Auch die Frage, ob die Bedürfnisprüfung zulässig ist, wenn sie nur "gerechtfertigt" oder "geboten" zu sein braucht, ohne "zwingend geboten" oder "unbedingt erforderlich" sein zu müssen (1), stellt sich hier nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar bei der Anwendung des generellen Grundsatzes, der sowohl für subjektive als auch für objektive Zulassungsvoraussetzungen gilt (2), verschiedene Formulierungen verwendet (3), es hat jedoch die Zweck-Mittel-Relation für objektive Zulassungsvoraussetzungen immer danach bestimmt, ob "nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut" einen Grundrechtseingriff "zwingend gebieten" (4). Nach diesen Grundsätzen ist aber hier die Prüfung vorgenommen worden.

Desgleichen stellt sich die Frage der Zumutbarkeit der objektiven Zulassungsbeschränkung nicht mehr, und zwar unabhängig davon, ob man in dem Kriterium der Zumutbarkeit eine Umschreibung des Güterabwägungsprinzips sieht oder ein neben diesem selbständig gültiges Prinzip der Begrenzung des Grundrechts (5). Sieht man in dem Kriterium der Zumutbarkeit bzw. der Unzumutbarkeit eine andere Umschreibung des Prinzips der Güterabwägung,

(1) vgl. oben S.29 ff.

(2) vgl. oben S.22, Ziff.2.

(3) vgl. oben S.29 ff.

(4) vgl. BVerfGE Band 7, S.377 ff (408); Band 9, S.39 ff (51); Band 11, S.168 ff (183).

(5) vgl. oben S.34 ff.

so steht die Unzumutbarkeit bereits mit der Verneinung der Verhältnismäßigkeit fest. Sieht man in der Zumutbarkeit eine zusätzliche Voraussetzung der Verfassungsmäßigkeit, so kommt es auf deren Vorliegen nicht mehr an, weil die Verfassungsmäßigkeit bereits aufgrund der Güterabwägung zu verneinen ist.

Die Frage der Zumutbarkeit des Grundrechtseingriffs wäre indessen ebenfalls zu verneinen. Stellt das Bundesverfassungsgericht an die Zweck-Mittel-Relation auf der dritten Stufe so hohe Anforderungen, so wird auch die Unzumutbarkeit des gesetzgeberischen Eingriffs nur bei Vorliegen ganz besonderer Voraussetzungen angenommen werden können. Wendet man darüber hinaus den Begriff der Zumutbarkeit, der seinem Wesen nach auf das Einzelschicksal abgestellt ist, überhaupt auf eine generelle gesetzliche Regelung und damit nach allgemeinen Gesichtspunkten auf ganze Bevölkerungsgruppen an (1), so wird man sich richtungsweisend ohnehin an den Grundsätzen der Güterabwägung orientieren und das als noch zumutbar ansehen müssen, was der einzelne normalerweise im Interesse der Allgemeinheit noch ertragen muß. Das zeigt deutlich, wie unbrauchbar der Begriff der Zumutbarkeit zur Abgrenzung der Grundrechte ist, unabhängig von seiner generellen Unbestimmtheit überhaupt.

(1) vgl. hierzu BVerfGE Band 4, S. 7 ff (16).

III. HAUPTTEIL

KRITISCHE BETRACHTUNG DER VOM BUNDESVERFAS- SUNGSGERICHT FÜR MASSNAHMEN AUF DER DRITTEN STUFE ENTWICKELTEN GRUNDSÄTZE UND EIGENER LÖSUNGSVORSCHLAG

10. Kapitel

DIE KRITERIEN DER VERHÄLTNISSMÄSSIGKEIT ALS ANSATZPUNKT EINER KRITIK

Es wird kaum in Zweifel gezogen werden können, daß die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Anforderungen an die Zulässigkeit einer Maßnahme im Bereich der dritten Stufe sehr hoch sind und daß eine objektive Zulassungsvoraussetzung nur in seltenen Ausnahmefällen zulässig sein wird. Das mag im Interesse der Freiheit des Bürgers wünschenswert sein und trägt dem Primat der Freiheit Rechnung, grenzt jedoch andererseits die Gestaltungsmöglichkeiten des verantwortungsbewußten Gesetzgebers ganz erheblich ein. Es stellt sich daher die Frage, ob diese strenge Zweck-Mittel-Relation bei objektiven Zulassungsvoraussetzungen für den Gesetzgeber tatsächlich die allein verfassungsmäßige ist, oder ob sich nicht eine andere Lösung findet, die als ebenfalls verfassungsmäßig die freie Entschließung des Gesetzgebers nicht in demselben Umfange einschränkt.

I. Die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Gesetzen zur Behebung eines konkreten Mißstandes und Gesetzen zur generellen Ordnung eines bestimmten Wirtschaftszweiges

Bei wirtschaftlichen Maßnahmegesetzen (1) - seien es Einzelpersonen-,

-
- (1) Kurt Ballerstedt, Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze, in: Festschrift für Walter Schmidt-Rimpler, 1957, S.369 ff; Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, S.63 ff; Ernst Forsthoff, Über Maßnahmegesetze, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht - Gedächtnisschrift für W.Jellinek, 1955, S.221 ff; Huber, DÖV 1956, S.204; Christian-Friedrich Menger, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, Veröff. d.

Einzelfall- oder Zeitgesetze (1) - zur Beseitigung, Verhinderung oder Überbrückung eines konkreten wirtschaftlichen Mißstandes mag sich, wenn die sonstigen Voraussetzungen für eine Maßnahme der Berufsregelung im Bereich der dritten Stufe gegeben sind, in vielen Fällen die Verfassungsmäßigkeit mit einer akuten, d.h. bereits nachweisbaren oder doch mit höchster Wahrscheinlichkeit voraussehbaren schweren Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut begründen lassen. Diese Maßnahmegesetze (2), die ihrer Natur nach nur von vorübergehender Dauer sind (3), werden von den konkreten wirtschaftlichen Notwendigkeiten des Augenblicks diktiert und stellen die gesetzgeberische Maßnahme in den Dienst des wirtschaftlich als notwendig erkannten Zieles. In diesen Fällen ist die Feststellung einer nachweisbaren oder höchstwahrscheinlichen schweren Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut im Hinblick auf den mit dem Gesetz konkret verfolgten Zweck durchaus möglich. Der Gesetzgeber wird sich auch nur unter diesen besonderen Voraussetzungen zu konkreten Regelungen im Bereich der dritten Stufe entschließen können.

Zielt ein Gesetz aber nicht auf die Beseitigung, Verhinderung oder Überbrückung eines konkret bestehenden Mißstandes ab, sondern soll es - wie hier im Bereich der Versicherungsaufsicht - ohne Vorliegen einer konkreten Störungslage generell eine hoheitliche rechtliche Ordnung für einen bestimmten Wirtschaftsbereich schaffen (4) und die Verwaltungsbehörde für spätere Fälle mit Befugnissen ausrüsten, um im Einzelfalle auf Grund dieses Gesetzes die wirtschaftlich notwendigen Maßnahmen treffen zu können, so wird sich eine nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut regelmäßig nicht begründen lassen. Bei Anwendung der vom Bundesverfassungsgericht geprägten strengen Formel wird ein Mittel der dritten Stufe bei Gesetzen mit allgemein ordnendem Charakter über-

VDStRL Heft 15, 1957, S.1 ff; Herbert Wehrhahn, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, Veröff.d. VDStRL Heft 15, 1957, S.35 ff; Karl Zeidler, Bundesverfassungsgericht und "Maßnahmegesetz", Bemerkungen zum Beschluß BVerfGE 10, 234, JZ 1960, S.391 ff.

- (1) vgl. Menger, Veröff.d. VDStRL Heft 15, S.1 ff (18 ff).
- (2) vgl. die Beispiele bei Ballerstedt, ebenda, S.369 ff (372/373).
- (3) wenn auch ein Maßnahmegesetz sich in ein eine allgemeine neue Rechtsordnung schaffendes Rechtsgesetz verwandeln kann (vgl.hierzu die Ausführungen von Menger, Veröff.d. VDStRL, Heft 15, 1957, S.1 ff (23/24) und Leitsatz II 3).
- (4) vgl. Ballerstedt, Festschrift für Walter Schmidt-Rimpler, S.369 ff (373).

haupt nicht, oder nur in den seltensten Ausnahmefällen als verfassungsmäßig in Betracht kommen.

Ob dieses Ergebnis mit all seinen Konsequenzen vom Bundesverfassungsgericht tatsächlich gewollt ist, muß fraglich erscheinen. Das Bundesverfassungsgericht selbst führt in seinem Leitsatz 6 c zur Apothekenentscheidung (1) aus, daß "im allgemeinen" nur die Abwehr "nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren" für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut einen Eingriff in ein Grundrecht rechtfertigen könne. Das kann (2) auch so verstanden werden, daß in besonderen Fällen auch eine andere Relation als verfassungsmäßig angesehen werden kann, und daß keine Gefahr oder daß der Eintritt einer Gefahr nicht mit der hohen Wahrscheinlichkeit gefordert wird. Indessen dürfte das wiederum nur auf Ausnahmefälle zutreffen. Auszugehen ist von dem vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Regelfall, daß eine höchstwahrscheinliche schwere Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut vorliegen muß.

II. Die Notwendigkeit einer Erweiterung der Gestaltungsmöglichkeiten für den Gesetzgeber

Diese enge Eingrenzung des verfassungsrechtlich noch Zulässigen wird den dem Gesetzgeber obliegenden Aufgaben nicht gerecht. Die staatliche Fürsorge umfaßt heute auch die Verantwortung für das Funktionieren der Wirtschaft, und der Staat kann auf eine heteronome Intervention in der Wirtschaft nicht mehr verzichten (3). Will er aber durch Gesetze, insbesondere solche gewerberechtlichen Inhalts, die Wirtschaftsordnung bestimmen oder abgrenzen, so muß er auf lange Sicht planen und längere Entwicklungszeiträume ins Auge fassen. Es wäre nicht sachgemäß, wenn er seine Intervention auf die Beseitigung oder Minderung bereits eingetretener oder auf die Verhütung mit höchster Wahrscheinlichkeit bevorstehender schwerer Schäden und Gefahren beschränken würde. Er muß vielmehr bei der Schaffung einer Ordnung für ein bestimmtes Teilgebiet der Wirtschaft alle in diesem Bereich möglichen Entwicklungen berücksichtigen und geeignete und wirksame Maßnahmen für den als möglich erkannten Ernstfall vorsehen; dies insbesondere dann, wenn die Materie - wie hier - eine präventive Kontrolle erfordert. Der Gesetzgeber wird dann zwar in erster Linie ordnend tätig, wozu es - das könnte die Über-

(1) BVerfGE Band 7, S.377 f.

(2) vgl. oben S.53 f.

(3) vgl. oben S.45 f, 46 ff.

legung des Bundesverfassungsgerichts sein - grundsätzlich keiner Maßnahme im Bereich der dritten Stufe bedarf. Indessen darf auch ein schlicht ordnendes Gesetz Tatbestände nicht außer acht lassen, die zu einer Gefährdung der erstrebten und mit dem Gesetz selbst erst bezweckten Ordnung führen können, sondern muß auch Maßnahmen zum Schutze und zur Aufrechterhaltung der geschaffenen Ordnung vorsehen. Das können und müssen gegebenenfalls auch Maßnahmen im Bereich der dritten Stufe sein, sofern sie im konkreten Falle das einzige wirksame Mittel sind. Unterläßt es der Gesetzgeber, geeignete und wirksame Befugnisse für die ausführenden Verwaltungsinstanzen zu schaffen, so ergibt sich im Ernstfalle die Notwendigkeit der wenig erstrebenswerten ad hoc-Regelung durch ein Maßnahmegesetz, wodurch die Zahl der Gesetze erneut erhöht und die Übersichtlichkeit erschwert wird. Darüber hinaus wird die Schwerfälligkeit des Gesetzgebungsapparates bei Notwendigkeit eines raschen Entschlusses vielfach ein rechtzeitiges Einschreiten unmöglich machen mit der Folge eines Verzichts auf eine als notwendig erkannte Maßnahme zumindest für eine bestimmte Zeit.

Die dem Gesetzgeber obliegende Aufgabe erfordert deshalb einen weiteren Entscheidungsspielraum, als es die vom Bundesverfassungsgericht für den Bereich der dritten Stufe entwickelten Grundsätze gestatten.

11. Kapitel

EIGENER LÖSUNGSVORSCHLAG

I. Die Änderung der für die Verhältnismäßigkeit im Bereich der dritten Stufe maßgebenden Grundsätze

Den genannten Unzulänglichkeiten kann dadurch begegnet werden, daß das vom Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber zur Verwirklichung seiner Ziele im Bereich der dritten Stufe eingeräumte Ermessen weiter gefaßt wird.

Bei der Prüfung der Frage, in welchem Maße mit Situationen zu rechnen ist, die ein Einschreiten zur Erhaltung eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes zwingend gebieten, hat der Gesetzgeber sicherlich strenge Maßstäbe anzulegen und sorgsam darauf zu achten, daß die persönliche Freiheit des einzelnen nicht in stärkerem Maße beeinträchtigt wird, als dies zwingend erforderlich ist. Das bedeutet jedoch nicht von vornherein eine sehr enge Begrenzung der vom Gesetzgeber zu berücksichtigenden Möglichkeiten eines Eintritts anomaler Wirtschaftssituationen. Dem Einzelinteresse stehen die Interessen der

Allgemeinheit an dem Funktionieren der Wirtschaft gegenüber, die ebenfalls Beachtung erheischen, die aber nur Beachtung finden können, wenn der Gesetzgeber rechtlich hierzu in der Lage ist. Der Entscheidungsbereich des Gesetzgebers muß daher eine Abgrenzung erfahren, die eine wirksame interventionistische Wirtschaftslenkung ermöglicht. Das bedeutet nicht, daß der Gesetzgeber freiheitsbeschränkende Maßnahmen bereits bei einer nur ganz entfernt bestehenden Möglichkeit des Eintritts einer Gefahrenlage oder einer sonstigen wirtschaftlichen Zwangssituation vornehmen dürfe. Die Gefahr ist mit unserem Leben unabweislich gegeben. Ein gewisses Gefahrenmoment besteht daher immer und bei allen Unternehmungen des Menschen. Eine so weite Auslegung würde über das erforderliche Maß hinausgehen und darf daher bei der gesetzlichen Normierung freiheitsregelnder Bestimmungen nicht maßgebend werden.

Als genügend und notwendig wird man jedoch ansehen können, daß einmal generell die Möglichkeit des Eintritts von solchen wirtschaftlichen Situationen, auf die das Gesetz bzw. die einzelne Bestimmung anzuwenden ist, nach den allgemeinen Erfahrungen des Lebens objektiv gegeben ist, und daß der Schutzzweck und der Schutzzumfang des Gesetzes auch diese Situation mit erfassen soll, so daß der Gesetzgeber eine Regelung für diesen Fall vernünftigerweise nicht außer Betracht lassen darf (1).

Diese Begrenzung des gesetzgeberischen Beurteilungsbereichs ließe dem Gesetzgeber gegenüber der vom Bundesverfassungsgericht geprägten Formel einen weiteren Spielraum pflichtgemäßen Ermessens und würde ihn in die Lage versetzen, alle nach allgemeiner Lebenserfahrung in Betracht kommenden Möglichkeiten berücksichtigen zu können und geeignete Maßnahmen hierfür vorzusehen. Dem Gesetzgeber bliebe auch erspart, die Begründung der Verfassungsmäßigkeit für eine als notwendig erkannte Maßnahme im Bereich der dritten Stufe durch eine besonders weite Auslegung der Grundsätze der Dreistufentheorie zu versuchen. Gleichzeitig würde die Gefahr der Feststellung

-
- (1) vgl. dazu Gerber, AöR Band 81, S.46; auch Reuß, NJW 1951, S.777 ff (778), der eine "öffentliche Gefährdung" bei einem "relativ hohen Wahrscheinlichkeitsgrad von Schäden" für eine "große Zahl von Bürgern" anerkennt; vgl. insbes. Ernst von Caemmerer, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, in: Freiburger Universitätsreden, Neue Folge, Heft 23, Freiburg 1956, der dort die Frage nach der umstrittenen juristischen Kausalität durch die Frage nach dem "Schutzzweck und Schutzzumfang der die Schadenshaftung begründenden Norm" ersetzt (vgl. S.12 ff).

der Nichtigkeit eines Gesetzes oder einer Norm bei Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht eingedämmt und damit der Vorbehalt der vom Bundesverfassungsgericht festzustellenden Verfassungsmäßigkeit, unter dem heute alle Gesetze erlassen werden, auf ein erträgliches Maß begrenzt.

Für die Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung gem. § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG bedeutet dies, daß der Gesetzgeber zu prüfen hätte, ob nach der allgemeinen Lebenserfahrung Situationen zu erwarten sind, in denen eine objektive Zulassungsbeschränkung sich als notwendig erweist und ob diese Situationen nach dem Schutzzweck und dem Schutzzumfang des Versicherungsaufsichtsgesetzes von diesem erfaßt werden sollen. Eine solche Relation ließe sich sowohl für die Übersetzung und deren Folgen als auch für die Folgen spekulativer Inflationsgründungen und der Gründung von Selbstversicherungsunternehmen und Auswahlgemeinschaften bejahen. Sie liegen, auch wenn sie der strengen Prüfung nach den vom Bundesverfassungsgericht zur Verhältnismäßigkeit im Bereich der dritten Stufe aufgestellten Grundsätzen nicht standhalten, alle im Bereich des nach den allgemeinen Erfahrungen des Lebens Möglichen. Sowohl mit einer Übersetzung des Marktes durch Neuzulassungen als auch mit einer so starken Geldentwertung, daß das Versicherungsgeschäft zu den näher dargestellten Spekulationen reizt (1), ist nach den Erfahrungen des Lebens zu rechnen. Das gleiche gilt für das Zerstören bestehender Versichertengemeinschaften durch immer zahlreicheren Gründungen von Selbstversicherungsunternehmen und Auswahlgemeinschaften. Die Tatbestände würden auch vom Schutzzweck und Schutzzumfang des Versicherungsaufsichtsgesetzes erfaßt. Wenn die Versicherungsaufsicht einen gesunden Versicherungsmarkt erhalten und die Belange der Versicherten wahren soll, so muß der Gesetzgeber den die Versicherungsaufsicht durchführenden Aufsichtsorganen auch ausreichende Befugnisse an die Hand geben, um allen diesen Zweck gefährdenden Einwirkungen mit wirksamen Mitteln entgegenwirken zu können. Dazu gehört nicht zuletzt auch die Verhinderung schädlicher Neugründungen.

Der Gesetzgeber müßte daher auch die Tatbestände der Übersetzung, der inflationistischen Spekulationsgründungen und der Zerstörung bestehender Versichertengemeinschaften durch Gründung von Auswahlgemeinschaften und Selbstversicherungsunternehmen bei der Regelung der Versicherungsaufsicht berücksichtigen und wirksame Maßnahmen für den Ernstfall vorsehen.

Im Bereich der Bankenaufsicht findet sich hierzu eine instruktive vergleichbare Parallele.

(1) vgl. oben S. 86 f, 87 ff.

Das neue Kreditgesetz (1) kennt zwar keine Bedürfnisprüfung mehr, es ermächtigt aber in § 47 Abs.1 die Bundesregierung, nach Anhörung der Deutschen Bundesbank durch Rechtsverordnung ein Moratorium oder sogar die Einstellung des Bank- und Börsenverkehrs überhaupt anzuordnen, sofern wirtschaftliche Schwierigkeiten bei den Kreditinstituten zu befürchten sind, die schwerwiegende Gefahren für die Gesamtwirtschaft, insbesondere den geordneten Ablauf des allgemeinen Zahlungsverkehrs erwarten lassen. Diese Bestimmung wurde vorwiegend im Hinblick auf die Folgen der Bankenzusammenbrüche im Jahre 1931 aufgenommen. Nach der Zahlungseinstellung der Darmstädter- und Nationalbank am 13.7.1931 sahen sich der Reichspräsident, der im Gegensatz zur Regelung des Grundgesetzes gem. Art.48 der WeimRV für solche Fälle ein Notverordnungsrecht hatte, und die Reichsregierung, die durch die Notverordnungen ermächtigt worden war, veranlaßt, zur Verhinderung größerer Schäden und zur Aufrechterhaltung der Ordnung im Kreditgewerbe innerhalb von 3 Wochen 17 Verordnungen und Durchführungsverordnungen zu erlassen, die unter anderem auch Bankfeiertage und Moratorien anordneten (2). Nur auf diese Weise konnten größere Schäden vermieden werden.

Wenn der Gesetzgeber die Regelung des § 47 Abs.1 KWG in das neue Kreditwesengesetz aufgenommen hat, so hielt er offenbar eine wirtschaftliche Krisensituation im Kreditgewerbe wie zu Beginn der 30er Jahre für möglich und sah es auch als notwendig an, nach dem Schutzzweck und dem Schutzzumfang des Gesetzes für diesen Fall eine Regelung zu treffen. Daß er die Entscheidung nicht der Verwaltungsbehörde überließ, sondern unter den in § 47 Abs.1 KWG genannten Voraussetzungen die Bundesregierung zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigte, also eine generelle gesetzliche Regelung fordert, findet seine Begründung darin, daß auf diese Weise im Falle einer gleichförmigen Entwicklung bei allen oder mehreren Kreditinstituten eine allgemein verbindliche Regelung getroffen werden kann. Die Notwendigkeit einer solchen globalen Regelung ist bei der Bedürfnisprüfung nicht in diesem Umfange gegeben, da mit einer so starken Häufung der eine Bedürfnisprüfung erfordernden Tatbestände nicht zu rechnen ist; eine Ermächtigung der Aufsichtsbehörde zur Regelung durch Verwaltungsakt im Einzelfall genügt (3).

(1) Gesetz über das Kreditwesen vom 10.7.1961, BGBl. I, S. 881.

(2) vgl. V. Szagunn und W. Neumann, Gesetz über das Kreditwesen vom 10.7.1961, § 47 Anm.1.

(3) Zur Frage der rechtlichen Sicherungen gegen eine Fehlentscheidung vgl. unten S. 139 ff.

Die Gefahr einer Übersetzung, einer galoppierenden Inflation und der Gründung von Auswahlgemeinschaften und Selbstversicherungsunternehmen mit den aufgezeigten Folgen liegt aber ebenso im Bereich des Möglichen wie eine dem Jahre 1931 vergleichbare Bankenkrise, so daß - projiziert man die Auffassung des Gesetzgebers, wie sie in § 47 Abs.1 KWG Ausdruck gefunden hat, in den Geltungsbereich des Versicherungsaufsichtsgesetzes - diese als möglich erkannten Tatbestände vom Gesetzgeber berücksichtigt werden müßten. Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung des § 47 Abs.1 KWG sind, soweit ersichtlich, noch nicht geäußert worden (1).

II. Die Notwendigkeit einer näheren Konkretisierung der für die einzelne Verwaltungsentscheidung maßgebenden Kriterien

Diese Erweiterung der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers würde der Verantwortung des Staates für das Funktionieren der Wirtschaft Rechnung tragen, ohne daß dadurch die Verfassungsmäßigkeit der Norm schlechthin in Frage gestellt zu werden brauchte. Es kann letztlich nur darauf ankommen, ob die Verfassungsmäßigkeit der im Ergebnis den einzelnen Grundrechtsträger treffenden Maßnahme gegeben ist. Das ist dann nicht der Fall, wenn bei der weiteren Zuständigkeit des Gesetzgebers eine entsprechende Beschränkung der Verwaltungsbehörde fehlt. Wird die einzelne Verwaltungsanordnung vom Gesetzgeber wieder den Grundsätzen der Dreistufentheorie unterworfen, so bestehen gegen die Verfassungsmäßigkeit der die Verwaltungsbehörde ermächtigenden Norm sowie der auf Grund dieser Norm erlassenen Maßnahme - sofern diese die im Gesetz festgelegten Grenzen respektiert - keine Bedenken. Durch die Beschränkung der Verwaltungsbehörde würde vielmehr das Wirksamwerden der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze gewährleistet, ohne daß der Gesetzgeber bei seiner Entscheidung in die engen Grenzen verwiesen würde.

Solange der gegenwärtige Gesetzestext gilt und die Verfassungsmäßigkeit an dessen Wortlaut zu prüfen ist, muß es allerdings bei der Verfassungswidrigkeit des § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG bleiben. Im Wege einer Gesetzesänderung bei einer Reform des Versicherungsaufsichtsgesetzes könnte jedoch den hier entwickelten

(1) Gegenstand der Normenkontrolle (vgl. Urt. des BVerfG vom 24.7.1962, NJW 1962, S.1670) war die Frage der Zulässigkeit der zentralen Aufsicht durch das Bundesaufsichtsamt als Bundesoberbehörde.

Gedanken Rechnung getragen werden und § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG könnte folgenden mit Art.12 Abs.1 GG zu vereinbarenden Wortlaut erhalten:

"Die Erlaubnis darf wegen Fehlens eines örtlichen oder gesamtwirtschaftlichen Bedürfnisses nur dann versagt werden, wenn die Nichtzulassung das einzige wirksame Mittel ist, um überragend wichtige Belange der Versicherten oder des Versicherungsmarktes vor nachweisbaren oder höchstwahrscheinlichen schweren Gefahren zu schützen."

Mit dieser Formulierung blieben die Grundsätze der Dreistufentheorie gewahrt. Dem Grundsatz der Subsidiarität wird dadurch Rechnung getragen, daß die Versagung wegen Fehlens des örtlichen oder gesamtwirtschaftlichen Bedürfnisses das einzige wirksame Mittel sein muß. Die vom Bundesverfassungsgericht zur Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs im Bereich der dritten Stufe geforderte Relation ist im Text selbst enthalten. Die Formulierung hat darüber hinaus gegenüber dem jetzigen Gesetzestext den Vorzug, daß sie die bisher allgemein in Form einer Generalklausel gehaltene Ermächtigung zur Durchführung der Bedürfnisprüfung näher spezifiziert und auf diese Weise sowohl dem Verwaltungsbeamten als auch dem die Verwaltungsentscheidung überprüfenden Richter durch nähere Umschreibung des Tatbestandes die richtige Entscheidung erleichtert.

Diese Regelung enthebt den Gesetzgeber nicht der Pflicht, die Verfassungsmäßigkeit der Bedürfnisbestimmung zu prüfen. Er hat wie bei der Normierung aller Gesetze auch hier das Grundgesetz zu beachten und eine nach dessen Normen zulässige Formulierung zu wählen. Der Gesetzgeber wird nur insoweit freier gestellt, als er alle im Bereich des nach der allgemeinen Erfahrung des Lebens möglichen und vom Schutzzumfang und Schutzzweck des Gesetzes gedeckten Lebenstatbestände im Gesetz mit erfassen darf, auch wenn der Eintritt dieser Tatbestände im Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens noch nicht unmittelbar drohend als bereits nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahr erkennbar ist.

Der entscheidende Unterschied zwischen der hier vertretenen Ansicht und der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts besteht in dem Zeitpunkt der Eliminierung der Bedürfnisprüfung als unzulässiges Aufsichtsmittel und damit dem Zeitpunkt der Ausschaltung der Gefahr, die dem Grundrechtsträger durch verfassungswidrige Anwendung der Bedürfnisprüfung droht. Während das Bundesverfassungsgericht bei Nichtvorliegen der strengen Erfordernisse der Dreistufentheorie die Bedürfnisprüfung als objektive Zulassungsbeschränkung bereits im Gesetzgebungsverfahren als verfassungswidrig ausschließt und dem Gesetz-

geber verbietet, diese Norm überhaupt in das Gesetz aufzunehmen, ist der Gesetzgeber nach der hier vertretenen Ansicht, sofern er die Bedürfnisprüfung zur Regelung eines nach der Lebenserfahrung als möglich erkannten Tatbestandes für notwendig hält und der Gesetzeszweck sie deckt, zur Aufnahme der Bedürfnisprüfung in das Gesetz sehr wohl berechtigt, er muß nur gleichzeitig die von Verfassungs wegen gesteckten Grenzen der Ermächtigung für die Verwaltungsbehörde durch Normierung der maßgebenden Tatbestandsmerkmale eindeutig und verbindlich festlegen. Der Vorteil der hier vorgeschlagenen Lösung liegt darin, daß die objektive Zulassungsbeschränkung nicht schon im Gesetzgebungsverfahren generell und damit auch für die konkreten Fälle ausgeschlossen wird, in denen sie sich als noch verfassungsmäßig erweisen würde, sondern daß - unter Ausschaltung des globalen Ausschlusses, der mit dem Schlechten auch das Gute vernichtet - die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit erst anhand des konkreten Einzelfalles erfolgt, was eine diffizilere und elastischere Handhabung der Bedürfnisbestimmung ermöglicht.

Der Gesetzgeber ist nicht verpflichtet, diesen Weg zu gehen. Der Grundsatz der Proportionalität, der das generelle und dadurch stärker in ein Grundrecht eingreifende Mittel dort verbietet, wo das am Einzelfall orientierte schwächere Mittel genügt, zwingt nicht zur Entscheidung am Einzelfall. Der strenge Grundsatz der Proportionalität braucht nur bei Maßnahmen gegen den Grundrechtsträger eingehalten zu werden. Der Staat selbst kann jedoch seine Befugnisse nach Belieben einengen und braucht nicht immer den Bereich des für ihn Zulässigen bis zur äußersten Grenze voll auszunutzen. Er kann auf eine gesetzgeberische Maßnahme verzichten. Dem Gesetzgeber könnte unter Umständen wohl der Vorwurf gemacht werden, das Ermessen fehlerhaft angewendet und dadurch eine unvollständige, nicht alle notwendigen Lebenstatbestände erfassende gesetzliche Regelung getroffen zu haben. Allein dieser Vorwurf hätte - außer dem Fehlen einschlägiger Bestimmungen - keine rechtlichen Folgen. Die volle Ausnutzung des dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen zustehenden Gestaltungsbereiches würde allerdings die Aufsichtsbehörde für den Ernstfall mit den wirksamsten noch zulässigen Aufsichtsmitteln ausrüsten und dadurch die Einwirkungsmöglichkeiten der Versicherungsaufsicht bis zur maximalen Grenze erhöhen.

III. Die Rechtsweggarantie als Schutz gegen Übergriffe der Verwaltung

Es kann nicht bestritten werden, daß die Gefahr einer Grundrechtsverletzung nach der hier vertretenen Ansicht größer ist als bei der Ausschaltung der Bedürfnisbestimmung im Gesetzgebungsverfahren, denn bei völliger Eliminierung der Bedürfnisbestimmung aus dem Gesetzestext kann der einzelne Grundrechtsträger durch eine Einzelmaßnahme auf Grund der - fehlenden -- Norm nicht mehr betroffen werden. Der Grundrechtsträger ist aber dennoch nicht schutzlos, sondern vielmehr hinreichend durch die strengen Anforderungen an das Verwaltungshandeln und insbesondere durch die Möglichkeit der Überprüfung der Verwaltungsentscheidung auf ihre Rechtmäßigkeit durch unabhängige Gerichte geschützt.

1) Der Rechtsweg

Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet die richterliche Überprüfung jeder Maßnahme der öffentlichen Gewalt gegenüber dem Bürger. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen. Hier ist die den Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten ausschließende Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gegeben. Zwar steht dem Betroffenen gegen die Versagung der Zulassung (§§ 5-8 VAG) oder der Genehmigung einer Geschäftsplanänderung (§ 13 VAG) durch die Aufsichtsbehörde (1) nur die Klage (2) an das Bundesverwaltungsgericht offen (3), so daß es an einem Instanzenzug fehlt. Der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG

- (1) vgl. § 7 Abs. 2 Ziff. 2 und 3, Abs. 3 der 3. Durchführungsverordnung zum Gesetz über die Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen (Verfahrens- und Geschäftsordnung) vom 25.3.1953 (BGBl. I, S. 75), in Berlin eingeführt durch die 3. Verordnung vom 15.4.1953 (GVBl., S. 250), in Kraft seit 28.3.1953.
- (2) bei Entscheidungen des Präsidenten nach Einspruch an die Beschlußkammern (§ 7 Abs. 3, § 8 der 3. DVO zum Gesetz über die Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen (Verfahrens- und Geschäftsordnung) vom 25.3.1963).
- (3) vgl. § 10 a des Gesetzes über die Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen vom 31.7.1951 (BGBl. I, S. 480) in der Fassung des Ergänzungsgesetzes vom 22.12.1954 (BGBl. I, S. 501) i. V. m. §§ 190 Abs. 1 Ziff. 2, 195 Abs. 5, 50 Abs. 2 VwGO.

ist aber auch genügt, wenn dem Bürger nur eine Instanz zur Verfügung steht (1). Darüber hinaus kann das Gericht gem. §§ 195 Abs. 5, 50 Abs. 2 VwGO die Sache an das zuständige Gericht erster Instanz verweisen, wenn sie nicht von allgemeiner oder grundsätzlicher Bedeutung ist, und damit einen dreistufigen Instanzenzug begründen. Schließlich hat der betroffene Bürger noch die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde an das Bundesverfassungsgericht (§§ 90 ff BVGG).

2) Die Tatbestandsmerkmale der Bedürfnisprüfung als unbestimmte Rechtsbegriffe

Von entscheidender Bedeutung ist die Frage, ob die Tatbestandsmerkmale der Verwaltungsmächtigung zur Durchführung der Bedürfnisprüfung unbestimmte Rechtsbegriffe sind oder ob der Verwaltungsbehörde das Recht zu einer Ermessensentscheidung eingeräumt ist. Nur wenn sich die Tatbestandsmerkmale als unbestimmte Rechtsbegriffe qualifizieren lassen, ist die Bestimmung verfassungsmäßig (2).

Der Gesetzgeber und damit das gesamte Verwaltungsrecht stehen heute unmittelbar unter der Herrschaft der Grundrechte. Es gilt nicht mehr der Satz "Grundrechte im Rahmen der Gesetze" wie in der Zeit der Weimarer Verfassung, vielmehr unterliegt jedes Gesetz und damit jeder auf Grund des Gesetzes erlassene Verwaltungsakt unmittelbar der Verfassung. Der Grundsatz der "Gesetzsmäßigkeit der Verwaltung" wird dadurch unmittelbar zum Grundsatz der "Verfassungsmäßigkeit der Verwaltung" (3), was sich besonders im Gewerbe-recht und hier gerade bei der Regelung der Berufszulassung zeigt. Fast jeder seither normale Verwaltungsrechtsfall wird in diesem Bereich zu einem Verfassungsrechtsfall, weil er unmittelbar die Grundrechte berührt, und jeder Verwaltungsakt, der gleichzeitig einen Eingriff in ein Grundrecht darstellen kann, wird zwangsläufig zu einer Grundrechts- und damit zu einer Rechtsfrage. Für eine Ermessensentscheidung ist kein Raum.

Der belastende Verwaltungsakt der Bedürfnisverneinung ist damit zwangsläufig eine unmittelbar nach Verfassungsrecht auf einen Grundrechtsverstoß hin zu beurteilende Rechtsfrage, und der Bedürfnisbegriff und mit ihm die seine Zu-

(1) vgl. BVerfGE Band 8, S. 174, i. V. m. Band 3, S. 145 (147) mit zahlreichen Nachweisen; vgl. auch Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 Anm. 45 f.

(2) vgl. BVerfGE Band 6, S. 32 ff (42), Band 8, S. 72 ff (76).

(3) Günter Dürig, "Bedürfnis" und "öffentliches Interesse" als Rechtsbegriffe, JZ 1953, S. 535 ff (535 rechts).

lässigkeit näher umschreibenden Tatbestandsmerkmale qualifizieren sich heute verfassungsrechtlich zwingend als unbestimmte Rechtsbegriffe mit der Folge uneingeschränkter richterlicher Nachprüfbarkeit des Tatbestandes und der rechtlichen Subsumtion (1).

Es ist das charakteristische Kennzeichen eines unbestimmten Rechtsbegriffs gegenüber dem Ermessen, das der Verwaltungsbehörde innerhalb bestimmter Grenzen einen Entscheidungsspielraum läßt und gerichtlich nur die Einhaltung dieser Grenzen zur Überprüfung stellt, daß nur eine richtige Entscheidung möglich ist.

Diese Ansicht hat insbesondere Bachof (2) in Frage gestellt, der unter Hinweis auf die Schwierigkeiten bei der Subsumtion der vielfältigen Lebenssachverhalte der Verwaltungsbehörde auch bei unbestimmten Rechtsbegriffen einen gewissen "Beurteilungsspielraum" einräumt, dessen gerichtliche Überprüfung nur auf die Einhaltung der Grenzen möglich ist. Ein solcher Spielraum bei der Abgrenzung der Rechtsbegriffe sei erforderlich, weil das Postulat einer einzigen richtigen Entscheidung sich infolge der menschlichen Unzulänglichkeit de facto weder bei "Wertbegriffen" (3) noch bei "Erfahrungsbegriffen" (4) ganz verwirklichen lasse.

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wollte auf die damit angesprochene Problematik der Unterscheidung zwischen Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff näher eingegangen werden (5). Der Ansicht Bachofs wird man sich von der Praxis und vom Ergebnis her nicht ganz verschließen können, denn bei Wertungen wird eine absolut richtige Entscheidung nur in den selten-

-
- (1) vgl. z.B. Dürig, JZ 1953, S.535 ff (536); Huber, DÖV 1956, S.174; von Turegg, NJW 1950, S.774 ff (774); vgl. auch BVerwGE Band 2, S. 276 ff (279), entgegen BVerwGE Band 1, S.92 ff (Leitsatz 4, S.96 f), mit einer Stellungnahme von Reuß, DÖV 1954, S.535 ff.
 - (2) JZ 1955, S.97 ff.
 - (3) vgl. ebenda, S.97 ff (99 f).
 - (4) vgl. ebenda, S.97 ff (100).
 - (5) vgl. hierzu Bachof, JZ 1955, S.97 ff und die dort genannte zahlreiche Literatur sowie die Darstellung der Meinungen bei Alexander Koehler, Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960, Berlin und Frankfurt, 1960, Anm. zu § 114, S.894-921, mit ausführlichen Zitaten aus Literatur und Rechtsprechung (Anm. A VI, B II); vgl. insbesondere Horst Ehmke, "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 230/231, 1960, S. 23 ff, 35 ff, 49 ff.

sten Fällen getroffen werden können. Die herrschende Meinung, insbesondere in der Rechtsprechung (1), auf die hier global verwiesen werden muß, unterscheidet jedoch noch streng nach den dargelegten Grundsätzen, wonach bei unbestimmten Rechtsbegriffen zur Feststellung der richtigen Entscheidung der Akt der Verwaltungsbehörde in vollem Umfange justiziabel ist. Ob der Verwaltungsbehörde beider Einzelentscheidung de facto ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird, mag dahinstehen.

Der Aufsichtsbehörde obläge bei der Prüfung des Bedürfnisses nach der vorgeschlagenen Neufassung des § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG ohne Einschaltung eines eigenen Dispositionswillens die rein kognitive Feststellung der einzelnen Tatbestandsmerkmale, deren Begriffsinhalt durch Auslegung eindeutig zu ermitteln wäre. Die Tatsachen sowie die von der Aufsichtsbehörde angestellten Überlegungen könnten in vollem Umfange gerichtlich überprüft werden. Der von der ablehnenden Entscheidung der Aufsichtsbehörde betroffene Antragsteller wäre daher gegen Übergriffe der Aufsichtsbehörde durch die volle gerichtliche Nachprüfbarkeit der gegen ihn ergangenen Entscheidung hinreichend geschützt.

3) Die Verteilung der Beweislast für das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen des Bedürfnisses

Nach dem Gesetz vom 5.3.1937 (2) hatte der Antragsteller durch Vorlage entsprechender Unterlagen, Zahlenangaben und dergleichen das Vorliegen des Bedürfnisses nachzuweisen, was ihn schwer belastete. In welcher Weise dieser Nachweis zu führen war, ergab sich aus der Art des Antrags in Verbindung mit den in den Richtlinien des Reichswirtschaftsministeriums festgelegten Voraussetzungen (3). Eine solche Beweislastverteilung ist heute unzulässig.

Das Grundgesetz geht von dem Primat der Freiheit aus. Abgrenzungen und Einschränkungen derselben sind Ausnahmen und nur unter Beachtung der dargelegten Grundsätze zulässig. Für jeden Eingriff in ein Grundrecht muß ein zwingender Grund vorliegen, für den die den Eingriff vornehmende Behörde beweispflichtig ist. Im Gegensatz zu den Richtlinien des Reichswirtschaftsministeriums, wonach das Bedürfnis im allgemeinen zu verneinen und die Zu-

(1) vgl. Koehler, Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960, Anm. zu § 114, S.894-921.

(2) vgl. die in den Richtlinien des Reichswirtschaftsministeriums - Erlaß I 12849/37, S.119 ff - festgelegten Voraussetzungen für die Genehmigung der Zulassung (Fromm, § 8 Anm.5b, S.117).

(3) vgl. Fromm, ebenda.

lassung die Ausnahme war, ist deshalb heute von der freien Zulassung als Regelfall und der Beschränkung als Ausnahme auszugehen. Es obliegt daher nicht mehr dem Antragsteller, das Bedürfnis für das zu errichtende Unternehmen zu begründen, vielmehr muß die Aufsichtsbehörde den Widerspruch zwischen der Errichtung des neuen Unternehmens und den örtlichen und gesamtwirtschaftlichen Bedürfnissen nachweisen.

Aus Gründen der Beweislastverteilung bestehen daher keine Bedenken gegen die hier vorgeschlagene Regelung.

IV. Eine vergleichende Betrachtung der Entwicklung im Kreditgewerbe

Am 1.1.1962 ist das neue Gesetz über das Kreditwesen (1) in Kraft getreten, das das bisher noch geltende Reichsgesetz über das Kreditwesen vom 5.12. 1934 (2) ablöste. Während das alte Reichsgesetz in § 4 Abs.1 b KWG eine Bedürfnisprüfung vorsah - die Erlaubnis durfte wie in § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG versagt werden, wenn sie "unter Berücksichtigung der örtlichen und gesamtwirtschaftlichen Bedürfnisse nicht gerechtfertigt erscheint" - fehlt eine solche Bestimmung im Kreditwesengesetz von 1961. Der Gesetzgeber hielt eine Bedürfnisprüfung nach Inkrafttreten des Grundgesetzes nicht mehr für zulässig.

Der Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums sah zwar in § 28 Abs.2 neben dem Fehlen hinreichenden Kapitals und der persönlichen und fachlichen Eignung des Geschäftsleiter als weiteren Ablehnungsgrund noch die Bestimmung vor

"Die Erlaubnis darf nur versagt werden, wenn zu erwarten ist, daß bei Erteilung der Erlaubnis schutzwürdige Belange der Allgemeinheit gefährdet werden.",

was bereits eine Milderung gegenüber der bisherigen Regelung bedeutet hätte. Sie ist jedoch nicht Gesetz geworden. Die Meinungen, ob die Bedürfnisprüfung in das neue Gesetz aufgenommen werden soll, waren geteilt. Insbesondere die Praktiker setzten sich vielfach für die Aufnahme einer Bedürfnisbestimmung ein. Als dann jedoch das Bundesverwaltungsgericht in drei Urteilen die Bedürfnisprüfung für verfassungswidrig erklärte (3), wur-

(1) vom 10.7.1961, BGBl. I, S. 881.

(2) RGBl. I, S. 1203, in der Fassung des Gesetzes vom 25.9.1939 (RGBl. I, S. 1955).

(3) Urt. vom 10.7.1958, NJW 1959, S. 590 ff; Urt. vom 10.7.1958, NJW

de die Ziff.3 des § 28 Abs.2 des Referentenentwurfs ersatzlos gestrichen (1).

Da die Verhältnisse auf dem Kreditmarkt ähnlich liegen wie auf dem Versicherungsmarkt und die Bankenaufsicht ebenfalls die Belange der Bankkunden wahren und Gefahren für die Gesamtwirtschaft abwenden soll (2), so stellt sich die Frage, welche Schlüsse aus der für das Kreditwesen getroffenen Regelung des Gesetzgebers für die Bedürfnisbestimmung des Versicherungsaufsichtsgesetzes bzw. für den hier gemachten Lösungsvorschlag zu ziehen sind.

Wie § 8 Abs.1 Ziff.3 VAG kann auch § 4 Abs.1 b des alten Kreditwesengesetzes nicht mehr als verfassungsmäßig angesehen werden. Das gleiche gilt für die im Referentenentwurf vorgeschlagene Regelung. Eine bloße Gefährdung "schutzwürdiger Belange der Allgemeinheit" genügt den Anforderungen der Dreistufentheorie nicht. Die Argumentation ist im wesentlichen dieselbe wie zur Bedürfnisprüfung nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz (3). Auch die Argumente der drei Oberverwaltungsgerichte, welche die Bedürfnisprüfung in den später vom Bundesverwaltungsgericht negativ entschiedenen Fällen bejahten (4), vermögen nicht zu überzeugen. Den Entscheidungen des Bundesverwaltungs-

1959, S.592 ff; Urt. vom 10.7.1958, NJW 1959, S.595, Sparkasse 1959, S.86 ff.

- (1) vgl. die Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode, Anlagen zu den stenographischen Berichten, Band 62, Drucksache 1114, S.39 zu § 32. Auch in der Stellungnahme des Bundesrates (vgl. Nr.19 auf S.61) ist hierüber nichts enthalten.
- (2) vgl. im einzelnen § 6 KWG; vgl. ferner Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode, Anlagen zu den stenographischen Berichten, Band 62, Drucksache 1114, S.19.
- (3) vgl. Hans Pröhl, Reichsgesetz über das Kreditwesen, Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1939, § 4 Anm.1 sowie die in FN 3, S.143 f genannten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts.
- (4) OVG Koblenz, Urt. vom 4.6.1954, Sparkasse 1954, S.387 ff = DVBl. 1954, S.709 ff; VGH Bebenhausen, Urt. vom 28.9.1955, Sparkasse 1955, S.364 ff; Bayerischer VGH, Urt. vom 5.7.1956, Sparkasse 1957, S.60 ff; vgl. ferner das unveröffentlichte Urteil des hessischen VGH vom 6.9.1955, OS II 28/54, zitiert nach Klaus Hammer, Zur Frage der Bedürfnisprüfung bei der Zulassung von Zweigstellen einer Sparkasse, Sparkasse 1955, S.359 ff (360); für die Bedürfnisprüfung haben sich außerdem ausgesprochen: Hammer, ebenda, S.363; Hans Joachim Becker, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Grundsatzfragen zum KWG, Sparkasse 1955, S.19 ff (20/21).

gerichts (1) und der Entscheidung des Gesetzgebers ist daher zuzustimmen.

Weder die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts noch das Fehlen einer Bedürfnisbestimmung im neuen Kreditwesengesetz vermögen jedoch die hier de lege ferenda für das Versicherungsaufsichtsgesetz vorgeschlagene Lösung in Frage zu stellen. Auch die tatsächliche Entwicklung auf dem Kreditmarkt, die nach den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts allein in der Zeit vom 1.8.1958 bis 30.9.1959 zur Errichtung von 2379 neuen Zweigstellen der bestehenden Kreditinstitute führte (2) und die zum Teil mit ernster Sorge betrachtet wird (3), spricht nicht gegen, sondern eher für den Lösungsvorschlag, der eine Entscheidung am Einzelfall ermöglicht. Die Entscheidung über die Ablehnung eines Zulassungsantrages wegen mangelnden Bedürfnisses hätte unter Verwendung der hier vorgeschlagenen Formulierung als mit dem Grundgesetz vereinbar auch in das Kreditwesengesetz aufgenommen werden können. Auf diese Weise wäre der Aufsichtsbehörde ein wirksames Aufsichtsmittel zur Verfügung gestellt worden, das den Erfordernissen der Dreistufentheorie entsprochen und gleichzeitig den Bereich des von Verfassungen wegen Zulässigen voll ausgenutzt hätte. In § 47 Abs.1 KWG (4) hat der Gesetzgeber einen ähnlichen Weg erfolgreich beschritten, ohne allerdings die Grenzen des zulässigen Eingriffs mit der wünschenswerten Prägnanz festzulegen. Er hätte aus im wesentlichen gleichen Erwägungen auch eine Bedürfnisbestimmung in das Gesetz aufnehmen können.

(1) vgl. oben FN 3, S.143/44.

(2) 1350 Errichtungen neuer Zweigstellen in der Zeit vom 1.8.1958 - 30.4.1959 stehen 411 in der entsprechenden Zeit des Vorjahres gegenüber; vgl. Wilhelm Könneker, Neue Entwicklung des Wettbewerbs in der Kreditwirtschaft, Volkswirt 1959, S.1583 f (1583); Jahresbericht des Deutschen Sparkassen- und Girowesens e. V. 1959, S.56.

(3) vgl. Könneker, Volkswirt 1959, S.1583. Aufgrund der starken Zunahme der Zweigstellen haben die im Zentralen Kreditausschuß vereinigten Spitzenverbände in Übereinstimmung mit den regionalen Aufsichtsbehörden und der Deutschen Bundesbank Grundsätze für Selbstordnungsmaßnahmen der Kreditinstitute ausgearbeitet und den regionalen Verbänden in Form von "Empfehlungen" zugeleitet. Sie zeigen einen Weg, wie die Errichtung von Zweigstellen im Wege der Selbstkontrolle auch ohne staatliche Bedürfnisprüfung in gewissen Grenzen gehalten werden kann; vgl. Hans-Erhard Sprengel, Selbstordnungsmaßnahmen des Kreditgewerbes auf dem Gebiete der Zweigstellenerrichtung, Sparkasse 1960, S.279 ff (279).

(4) vgl. oben S. 135 f.

12. Kapitel

SCHLUSSBETRACHTUNG UND ERGEBNIS

Die Arbeit kommt zu dem Ergebnis, daß die Bedürfnisprüfung gemäß § 8 Abs. 1 Ziff. 3 VAG in der gegenwärtigen Fassung des Gesetzes mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) nicht vereinbar und deshalb verfassungswidrig ist. Dieses Ergebnis wird gewonnen unter Auswertung der in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten, insbesondere der vom Bundesverfassungsgericht zu Art. 12 Abs. 1 GG entwickelten Dreistufentheorie, wonach die Bedürfnisprüfung nur dann verfassungsmäßig ist, wenn sie das einzige wirk-same Mittel ist, um nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut abzuwehren. Gefahren für die Belange der Versicherten oder das Funktionieren des Versicherungsmarktes als dem überragend wichtigen Gemeinschaftsgut lassen sich in diesem Aus-maß zur Zeit nicht feststellen, so daß es an einem unter die Tatbestandsmerk-male der Dreistufentheorie erfolgreich zu subsumierenden Sachverhalt fehlt.

Dieses Ergebnis beruht ausschlaggebend auf der engen Formel des Bundesver-fassungsgerichts für Grundrechtseingriffe im Bereich der dritten Stufe. Da die-se Formel dem Gesetzgeber praktisch keine Entscheidungsfreiheit für die Nor-mierung objektiver Zulassungsbeschränkungen läßt, setzt hier die Kritik an der herrschenden Meinung an. Es wird ein Weg gewiesen, der dem Gesetz-geber die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderliche Entscheidungsfreiheit in größtmöglichem Umfange beläßt, ohne gleichzeitig den Bereich des Ver-fassungsmäßigen zu verlassen. Dem Gesetzgeber wird die Normierung objekti-ver Zulassungsbeschränkungen erlaubt, er muß jedoch gleichzeitig die verfas-sungsmäßigen Grenzen der Ermächtigung der Verwaltungsbehörde eindeutig und verbindlich festlegen. Diese Lösung hat bei Vermeidung unnötiger Gleich-macherei durch eine vollkommene Eliminierung der Bedürfnisprüfung bereits im Gesetzgebungsverfahren den Vorteil der diffizileren und elastischeren Ent-scheidung am Einzelfall und erreicht damit ein Höchstmaß an Anpassung an die vielfältigen Lebenssachverhalte. Gleichzeitig wird der von Verfassungs wegen sowohl dem Grundrechtsträger als auch dem entgegenwirkenden Staat eingeräumte Wirkungsbereich voll und ganz ausgenutzt.

Der hier gebrachte Lösungsvorschlag läßt sich nur de lege ferenda verwirkli-chen. Eine Reform des Versicherungsaufsichtsgesetzes, das seit nunmehr über 60 Jahren im wesentlichen unverändert geblieben ist, wird aber angestrebt

und vorbereitet (1). Im Rahmen dieser Reform könnte den hier entwickelten Gedankengängen gefolgt werden, die getragen sind von dem Bestreben, unter Ausnutzung aller verfassungsrechtlich zulässigen Mittel eine möglichst aktionsfähige und im Ernstfall wirksame Versicherungsaufsicht zu schaffen und zu erhalten.

(1) vgl. Starke, Zur Reform des Versicherungsaufsichtsrechtes, VRecht 1951, S.105; Gustav Loenicker, Nochmals: Reform des Versicherungsaufsichtsgesetzes?, VRecht 1953, S.371 f; vgl. auch "Behutsame Reform des Versicherungsaufsichtsgesetzes", GB des Gesamtverbandes der Versicherungswirtschaft e. V., 1954/1955, S.48/49; vgl. ferner Ernst Schmid, VRecht 1955, S.5.

LEBENS LAUF

Am 17. Januar 1930 wurde ich als Sohn des Lehrers Viktor Arzt und seiner Ehefrau Maria, geb. Tschischek, in Nikl, Kreis Zwittau, CSR, geboren.

Von 1936 bis 1940 besuchte ich die Volksschule in Trautenau im Riesengebirge und anschließend bis 1945 die Oberschule. Nach der Aussiedlung im Jahre 1946 trat ich in die Schelztor-Oberschule in Esslingen ein, die ich 1949 mit dem Abitur verließ. Von 1949 bis 1952 absolvierte ich eine Lehre als Versicherungskaufmann in Stuttgart. Im Frühjahr 1952 begann ich das juristische Studium in Heidelberg, studierte dort zwei Semester und wechselte dann an die Universität Freiburg über, wo ich im Sommer 1956 das Referendarexamen ablegte. 1958/1959 studierte ich drei Semester Volkswirtschaft in Tübingen. Nach dem Assessorexamen im Januar 1961 war ich zunächst als Rechtsanwalt bei Herrn Professor Philipp Möhring in Karlsruhe tätig. Seit Januar 1963 bin ich als Jurist beim "Zweiten Deutschen Fernsehen" in Mainz/Rhein.

